



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (FAJS)

ISABEL GOUVÊA MAURICIO FERREIRA

Fragmentação do Direito Internacional: Caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited* vs. República Árabe do Egito

Brasília-DF

2010

ISABEL GOUVÊA MAURICIO FERREIRA

Fragmentação do Direito Internacional: Caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. República Árabe do Egito*

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília- UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Dias
Varella

Brasília-DF

2010

ISABEL GOUVÊA MAURICIO FERREIRA

Fragmentação do Direito Internacional: Caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited* vs. República Árabe do Egito

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília- UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Dias
Varella

Banca Examinadora

Prof. Marcelo Dias Varella

Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

*Dedico este trabalho aos meus pais pelo apoio incondicional e pela
inspiração diária.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais credito tudo o que sou e tudo que pretendo ser. Mais do que um exemplo, vocês são a minha inspiração. Agradeço pelo apoio incondicional.

Ao meu orientador, Prof. Marcelo Varella, agradeço pelo exemplo e generosidade em compartilhar tamanho conhecimento de maneira tão atenciosa.

À minha família agradeço pelo amor e cuidado que têm comigo. Ao Nando sou grata pelo amor e apoio tão importantes, não só neste período de faculdade, mas em todo tempo que estamos juntos.

Àqueles que de alguma forma participaram, viabilizaram e incentivaram a produção desta pesquisa, o meu agradecimento sincero.

RESUMO

A hipótese de que estejamos assistindo a uma fragmentação do Direito Internacional ancora-se não só na multiplicação de atores que, por força da expansão das relações comerciais e institucionais em escala global, participam e promovem o surgimento de instâncias diversas de resolução de conflitos, mas também pela especialização do direito, hoje bastante setorizado. Falamos em direito ambiental, direito comercial, direitos humanos, direito do mar, entre tantos setores que, não só atendem a princípios e normas próprias, como até criaram instituições e tribunais específicos para atender às demandas de cada área. A característica do Direito Internacional de não constituir-se num sistema hierarquizado, possibilita o aparecimento de decisões conflituosas ou mesmo divergentes entre tribunais ou órgãos de solução de controvérsias. O presente trabalho estuda o caso da *Southern Pacific Properties Ltd.*, empresa incorporada em Hong Kong, destinada à hotelaria e turismo e a República Árabe do Egito sendo demandados dois centros de arbitragens distintos, a CCI e o ICSID, obtendo resultados distintos. Com esta análise buscamos estudar os indícios do fenômeno da fragmentação.

Palavras Chave: Fragmentação; Direito Internacional; Arbitragem; CCI; ICSID.

LISTA DE ACRÔNIMOS

AAA - Associação Americana de Arbitragem

BIRD – Banco Interamericano de Desenvolvimento

CCI – Câmara Comercial Internacional - *International Chamber of Commerce*

CDI – Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

CIJ – Corte Internacional de Justiça

EGOTH – *Egyptian Tourism Organization*

ETDC – *Egyptian Tourist Development Company*

EUA – Estados Unidos da América

GATT – Acordo Geral de Tarifas

ICSID – *International Centre for Settlement of Investment Disputes* - Centro Internacional de Solução de Disputas de Investimentos

ISO– *International Standards Organization*

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

ONG – Organização não Governamental

OSPAR – Convenção sobre a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Noroeste

SSP – *Southern Pacific Properties Limited*

SSP (ME) – *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited*

TPPI – Tratado de Promoção e Proteção de Investimentos

UNCITRAL – *United Nations Commission for International Trade Law* - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

UNCLOS – Convenção das Nações Unidas para Direito do Mar

UNESCO– *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*

UNIDROIT – *International Institute for the Unification of Private Law*

URSS – União Soviética

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL	11
1.1 Breves colações sobre o Direito Internacional	11
1.1.1 Meios de Solução de Controvérsias	21
1.1.2 Multiplicação de Fontes	24
1.2 Fragmentação do Direito Internacional	25
1.2.1 Características da Fragmentação	28
1.2.2 Sistematização e Regionalização	35
1.2.3 Harmonização, uniformização e unificação	38
2 ARBITRAGEM INTERNACIONAL	41
2.1 <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i> - ICSID (Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos – CIRDI)	48
2.1.1 Estrutura	48
2.1.1 Procedimento	52
2.2 Câmara de Comércio Internacional de Paris –CCI (<i>International Chamber of Commerce- ICC</i>)	53
2.2.1 Estrutura	53
2.2.2 Fases do procedimento de arbitragem	55
2.3 BREVES COLOCAÇÕES SOBRE O ICSID E A CCI	57
3 ESTUDO DE CASO: SOUTHERN PACIFIC PROPERTIES (MIDDLE EAST) LTD. (SPP (ME)) VS. REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO	58
3.1 ANÁLISE DO CASO	58
3.1.1 Considerações Preliminares	58
3.1.2 Da fase litigiosa	60
3.1.2.1 O procedimento arbitral na CCI	60
3.1.2.2 Apelação à Corte Francesa	62
3.1.2.3 O procedimento arbitral no ICSID	63
3.1.3 Conclusão do caso	65
3.2 ESTUDO DO CASO	68
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

A expansão e especialização do direito internacional são fenômenos que caracterizam o direito internacional moderno. O presente trabalho busca analisar estas características com vistas ao estudo do fenômeno da fragmentação do direito internacional focado na multiplicação de instâncias de resolução de conflitos e a possibilidade de produção de decisões contrastantes.

Com a evolução do direito internacional, é comum que os ramos se especializem de tal maneira a criar sub-sistemas que contemplam normas, racionalidades e até mesmo órgãos jurisdicionais próprios. Esta miríade de elementos evolui de formas e por velocidades distintas criando sua própria racionalidade. O crescimento da internacionalização dos direitos carrega consigo uma séria preocupação quanto à possibilidade de desenvolvimento de normas e julgados contrastantes a que seriam atribuídos ao fenômeno da fragmentação. A existência deste fenômeno é o foco do presente estudo que busca analisar o sistema jurídico hodierno e a segurança jurídica nele existente.

Desta forma, atemo-nos à análise dos possíveis desencadeadores do fenômeno da fragmentação, criando uma base teórica que possa ser aplicada ao estudo de caso. A compreensão dos fundamentos básicos da arbitragem internacional, como forma alternativa para solução de controvérsias, cada vez mais utilizada para dirimir conflitos de natureza comercial, é de suma importância para compreensão do caso que será objeto de análise neste trabalho. Compreender os caminhos pelos quais este instituto se desenvolve fornecerá subsídios para analisar se estamos diante de uma prática harmonizante ou que induz a movimentos fragmentadores.

Por meio da análise das decisões dos tribunais internacionais e nacionais, realizada no capítulo três, será possível estudar um caso concreto que demonstra indícios do

fenômeno da fragmentação internacional, compreendendo melhor o estágio em que se encontra o direito internacional. Para tanto, será estudado o julgado ARB/84/3 do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (ICSID), em que figuravam a *Southern Pacific Properties Ltd.*, empresa incorporada em Hong Kong, destinada à hotelaria e turismo e a República Árabe do Egito, caso em que duas decisões substancialmente diferentes parecem ilustrar o fenômeno da fragmentação do direito internacional. Serão consideradas também a decisão arbitral no âmbito da Câmara de Comércio de Paris- CCI e as das cortes de apelação e cassação francesas, que foram acionadas para a análise de um mesmo caso.

O exame da competência dos centros demandados para o julgamento de uma mesma base fática e a observação das convergências e divergências entres os órgãos jurisdicionais acionados, consubstanciados com a conceituação discorrida nos capítulos iniciais, nos dará subsídios para verificar a existência de indícios do fenômeno da fragmentação.

1 FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

O fenômeno da fragmentação do direito internacional pode ser analisado observando as mudanças do direito internacional moderno. Assim, pretendemos observar o surgimento e as características deste fenômeno a partir da expansão do direito internacional em diversos níveis (multiplicação de fontes, surgimento de órgãos de solução de controvérsias, ampliação das temáticas tratadas no âmbito internacional, regionalização, criação de sistemas, entre outros). Busca-se a construção de um arcabouço conceitual sobre o tema para que, assim, sejam aplicados ao estudo de caso, a ser apresentado no capítulo três, em que, descritas a evolução histórica do caso, as preliminares de competências utilizadas pelas cortes, aliadas a análise dos fundamentos jurídicos que embasaram as decisões, possamos depreender, empiricamente, as tendências do fenômeno da fragmentação.

Para tal, optou-se, em um primeiro momento, pela análise da evolução das concepções básicas do direito internacional ante as mudanças sofridas no cenário internacional contemporâneo. Tal abordagem servirá como base para que, na segunda parte do capítulo, seja analisada – constatando a mudança de lógica normativa aplicável ao direito internacional contemporâneo - as influências dos elementos do direito internacional contemporâneo (e de suas vertentes) para a fragmentação do direito internacional. O ponto focal do capítulo, como supracitado, tratará do fenômeno da fragmentação do direito internacional, apresentando os seus principais aspectos e conceitos que servirão para análise do caso concreto.

1.1 Breves colocações sobre o Direito Internacional

Para o início, faz-se *mister* a análise sucinta dos preceitos básicos do direito internacional, àqueles que possam contribuir e nortear o objeto do presente estudo, quais

sejam: as diferenças entre direito internacional e direito interno; sujeitos do direito internacional; características e princípios do direito internacional; diferentes fontes e a multiplicação de foros internacionais. Após esta análise, poderemos abordar as complexidades do direito internacional contemporâneo para demonstrar, assim, o fenômeno da fragmentação.

Podemos observar que a disciplina do Direito Internacional passou e vem passando, de forma sistemática, por transformações na lógica clássica, cuja gênese fundada na concepção *Westphaliana* de Estado-Nação do século XVII¹, dizia que o Estado, no exercício de sua soberania absoluta, não acolhia ingerências externas em assuntos domésticos, construindo um direito meramente procedimental para atender à soberania Estatal. Disto resulta uma ordem global composta por uma miríade de sistemas legais nacionais² manobrados sob o signo da coordenação para salvaguarda de interesses.

Herbert Hart, em sua teoria conferia ao sistema jurídico internacional características primitivas, uma vez que aludia à existência de normas meramente primárias dispostas de forma desordenada e à ausência de estrutura composta por normas hierarquizadas, tribunais de jurisdição obrigatória e sanção.³ Hans Kelsen aplicava, por analogia, as disposições organizacionais do direito interno⁴, ao sistema internacional, admitindo-o como “direito”, mesmo que descentralizado⁵, mas sugerindo uma hierarquia entre o direito nacional e internacional, ainda que de caráter primitivo.⁶ A análise dos autores⁷

¹ AFONSO, Henrique Weil. **Unidade e Fragmentação do Direito Internacional: O Papel dos Direitos Humanos como Elemento Unificador.** Disponível em: http://www.cedin.com.br/revistaelectronica/volume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_III.pdf Acesso em: 23/03/2010.p. 5.

² FISHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. **Regimes-Colisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of a global Law.** Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004. p. 1008.

³ Hart *Apud* CHAIB, André Nunes. **Internacionalização e Fragmentação do Direito. A possibilidade de uma comunidade internacional de valores.** 2009. p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil.

⁴ Neste diapasão vemos autores como Grocius que também desenvolveram teorias a luz da analogia doméstica.

⁵ AFONSO, op. cit, p. 6.

⁶ CHAIB, André Nunes. **Internacionalização e Fragmentação do Direito. A possibilidade de uma comunidade internacional de valores.** 2009. p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil.

positivistas demonstra um traço da doutrina clássica hoje superada, uma vez que ao sistema internacional não pode ser utilizados, por analogia, os modelos domésticos. Embora descentralizado, o sistema jurídico internacional apresenta um campo robusto de produção normativa, execução da lei e até mesmo sancionador.

Vemos que o direito internacional, ao contrário do interno, não possui uma autoridade central, superior à vontade dos sujeitos de direito. Ao contrário, vemos que a sociedade internacional é dotada de descentralização, não havendo qualquer órgão central do qual emanem normas, tampouco lei maior superior aos Estados.

Enquanto no âmbito nacional as leis emanam do povo a ela se destinam (indivíduos ou grupos de indivíduos) por meio de instituições centralizadas responsáveis pela feitura e cumprimento das normas, no plano internacional, os Estados, por meio de uma organização horizontal, assumem o papel principal para a criação de normas na exata medida de seu consentimento e interesse.⁸ A estrutura piramidal da hierarquia de normas Kelsiniana não tem aplicabilidade no plano internacional como há no interno, haja vista que na sociedade internacional não há subordinação entre os Estados, tampouco entre as normas de direito internacional, havendo, portanto uma coordenação dos Estados soberanos que buscam interesses nacionais ou recíprocos.⁹

⁷ As colocações quanto aos autores é meramente exemplificativa sem adentrar numa análise profunda das teorias.

⁸ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p.1.

⁹ Ressalta-se que a utilização do termo coordenação não pressupõe a utilização de qualquer vertente teórica das relações internacionais, sendo utilizada apenas como descritivo das características do direito internacional, tão somente. Importante destacar que a concepção de coordenação entre os Estados no plano internacional e quanto ao Direito Internacional não é unívoca entre os teóricos de relações internacionais. Vemos que, os realistas, por exemplo, partindo do pressuposto da anarquia do sistema internacional desenvolvem, pela pluralidade de seus teóricos, premissas que caminham para a busca de poder por parte dos Estados (“política de poder”) não focando na coordenação e na cooperação entre os Estados. Contrapondo-se a esta visão, vemos os racionalistas, em figuras Martin Wight, Hedley Bull, Michel Walzer, em que há um maior foco nas noções de lei e moral, em que os Estados soberanos se relacionam não apenas em busca de poder e riqueza, mas podem, por meio da cooperação, buscar entendimentos comuns acerca de conflitos internacionais, por meio de Tratados e Convenções. Outro grupo de teóricos, focados nas organizações internacionais, representados por Karl Deutsch, David Mitrany e Ernest Haas, afirmam que as relações internacionais são regulamentadas pelas organizações e pela cooperação entre os Estados.

Neste diapasão, vemos que no direito doméstico, os nacionais pertencentes ao Estado são *jurisdicionáveis*, estando, portanto, regulados pela ordem jurídica posta¹⁰, podendo ser demandados a qualquer tempo. A jurisdição internacional, no entanto, depende da aquiescência dos Estados para que se torne *jurisdicionável*, sendo manifestada, como por exemplo, no aceite à jurisdição de uma corte ou na produção de um tratado.¹¹

No que tange aos sujeitos do direito internacional, sem adentrar a discussão entre as diferentes escolas, vemos que, enquanto a teoria clássica concede ao Estado quase que um protagonismo absoluto, sendo ele o detentor da personalidade originária e derivada, ao atribuir competência às Organizações Internacionais, compondo o duo cuja personalidade é conferida com exclusividade, vemos que as novas teorias tendem a uma análise mais ampla dos diferentes agentes que, precipuamente, compõem as relações jurídicas contemporâneas, influenciando-a diretamente.

Remonta à escola clássica¹² (séculos XIX, XX, e princípio do século XXI) a consagração dos Estados Soberanos¹³ e das Organizações Internacionais (pela atribuição derivada- fruto da vontade dos Estados e composta por Estados), a capacidade de serem titulares de direitos e obrigações no plano internacional.¹⁴ Ainda hoje, impera a idéia de que

¹⁰ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p.1.

¹¹ REZEK, Francisco. Op.cit, p.2.

¹² Sobre o papel do Estado soberano na teoria clássica assevera André Nunes ao analisar Hart: “Ao responder à segunda formulação do argumento, Hart parece conceber uma espécie de mundo dos indivíduos e um mundo dos Estados – mesmo que neste se considera a existência de indivíduos. O primeiro deve ser aquele em que reina o direito Estatal; o ordenamento jurídico nacional prevalece sobre as outras formas de regulação de condutas e funda-se sobre uma legitimidade atribuída a ele pelos próprios indivíduos; o segundo é aquele no qual atuam os Estados e as entidades criadas por eles (organizações internacionais e organizações multilaterais), compreendendo o espaço político internacional, dentro do qual funciona o direito internacional.” E ao analisar Hans Kelsen: “Assim, Kelsen reconhece que se o direito internacional somente admitir a reação de um Estado a um determinado ato de outro Estado, isto é, a interferência do primeiro na esfera de interesses do segundo, enquanto reação a um delito, proibindo o uso da força para atingir qualquer outro fim, então o direito internacional é direito.”

¹³ Quanto aos Estados Soberanos, o Ministro Francisco Rezek equipara a Santa Sé.

¹⁴ VARELLA, Marcelo. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

são sujeitos (pessoas jurídicas) de direito internacional, exclusivamente, os Estados¹⁵ e as Organizações Internacionais.¹⁶ Todavia, não podemos olvidar da crescente atuação de outras entidades no plano internacional, tanto no campo político, como no econômico ou jurídico, que influenciam direta ou indiretamente a ordem jurídica internacional e que vêm sendo foco de estudo das novas correntes de direito internacional.¹⁷

A análise do cenário mundial destaca um importante fenômeno das relações internacionais contemporâneas que se reflete no direito internacional, qual seja, a pluralidade de entes que, cada vez mais, relacionam-se entre si. As organizações não-governamentais, as empresas multinacionais e transnacionais (com marcante atuação a partir da Segunda Guerra Mundial) e os indivíduos, por exemplo, tem ganhado grande destaque de atuação, com o frequente acesso a instâncias internacionais. Mesmo não tendo capacidade atribuída aos sujeitos do direito internacional, estes entes têm tido importante papel transformador no sistema internacional.

À medida que intensificavam a sua atuação, estes entes foram sendo reconhecidos por sua participação nas relações jurídicas e políticas, tendo capacidade e competência internacional. São os denominados atores internacionais. Desta forma, mesmo que agindo na garantia dos direitos concedidos pelos Estados, os atores têm capacidade postulatória perante tribunais e poderes para celebração de contratos, por exemplo.¹⁸

A ampliação do escopo de atuação de novos atores acontece porque os Estados soberanos, por meio da flexibilização do exercício do poder soberano, podem, de acordo com a sua vontade, atribuir capacidade a outros entes para agirem no plano

¹⁵ Importante destacar que concepção jurídica de Estado como sujeito de direito internacional é àquela atribuída pela Convenção de Montevideu de 1933, devendo deter: população permanente, território definido, governo não subordinado.

¹⁶ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 145.

¹⁷ Sobre este aspecto, observa o Prof. Varella: “No entanto, é perceptível a atribuição de alguns direitos a indivíduos, como a capacidade postulatória em tribunais internacionais para a proteção de Direitos Humanos; a empresas, em órgãos internacionais de solução de controvérsias sobre investimento; ou a organizações não-governamentais, em diferentes instâncias.”

¹⁸ VARELLA, Marcelo. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.

internacional. As capacidades atribuídas podem ser materiais, quando é conferida à sociedade internacional, por meio de seus entes, o poder de produção de regras e normas, ou formais, ao atribuir o poder de controlar a aplicação das normas, inclusive punir a sua não observância além de suas fronteiras nacionais. Esta atribuição, por livre consentimento, é de suma importância para a evolução do sistema, uma vez que possibilita a profusão de assuntos tratados e a proliferação de normas no plano internacional.

A atribuição material da capacidade legislativa contribui para formação e evolução do entendimento em relação a determinada matéria, produzindo normas que compõem o sub-sistemas¹⁹ especializados do sistema jurídico internacional. Assim foi, por exemplo, na criação da primeira Organização Internacional em 1919, a Organização Internacional do Trabalho- OIT, a quem foram conferidos poderes de legislar acerca desta matéria, levando, por meio da discussão técnica sobre o assunto específico, a normas cada vez mais especializadas que, em muitos casos, são internalizadas pelos Estados participantes, contribuindo para o entendimento e harmonização da matéria. O fato é que, principalmente após o advento da ONU, intensificaram-se as atribuições de capacidades a organismos internacionais, criando, por conseguinte, a proliferação de inúmeros instrumentos internacionais (normas restritivas e *soft norms*), compondo uma miríade de regras nem sempre coerente entre si. Este talvez seja um dos fatores deflagradores da fragmentação internacional, haja vista que, por não haver subordinação normativa, a produção de normas não segue uma sistemática única, coordenada e coesa. Mesmo quando analisamos instrumentos de um mesmo ramo, como por exemplo o econômico, não raro vemos estabelecer-se uma dialética com outros ramos do direito; afinal, tratando-se de direito econômico, fatalmente trataremos de direito ambiental ou direitos humanos, pois o direito não pode ser estanque havendo sempre

¹⁹ Optamos pela utilização do termo sistema ao invés de regime, podendo ser abordada por alguns autores como sub-sistemas que compõem o sistema internacional. Como subsistema entendemos o conjunto de elementos que guardam certa coerência de funcionalidade racional e se relacionam com outros sistemas em grau mais ou menos aberto.

uma conexão com outros ramos do próprio direito. Assim, temos diversos tratados sobre um mesmo assunto que, nem sempre, seguem a mesma lógica ou, no pior dos casos, não interpretam, nem tampouco legislam, sobre o direito material da mesma forma, gerando precedentes, entendimentos técnicos (doutrinários), em alguns casos, contrastantes, tornando o conjunto de fontes do direito internacional plural e incoerente entre si.

O que se pretende neste estudo não é estabelecer discussão quanto à qualificação dos agentes internacionais ou quanto à inclusão destes atores no rol de sujeitos de direito internacional, mas sim demonstrar que, com a crescente inter-relação dos Estados Nacionais em todas as esferas que compõem o sistema internacional (jurídica, econômica, política e social), principalmente a partir da segunda metade do século XX, abriu-se a atuação pujante de novos atores junto a instituições jurídicas no plano internacional, configurando, por conseguinte, o surgimento de novos temas e pretensões no campo jurídico internacional. A pluralidade destes atores e sua atuação são componentes facilitadores da propagação de novas normas de direito internacional, da criação de sub-sistemas de resolução de conflito, com força para exercer, em instâncias internacionais, a modificação de um instrumento do sistema jurídico internacional.

Diante desta análise podemos notar a carência de homogeneidade do sistema internacional, e a ausência de soluções legais claras para o conflito de normas, como vemos nos sistemas legais domésticos. Não existem órgãos centralizados, devendo os atores buscar individualmente a aplicação do direito internacional. É natural então que a aplicação das normas não seja homogênea e que se apresente para nosso estudo esse fenômeno moderno: a fragmentação do direito internacional.

Imperioso apontar, para a compreensão do foco do estudo, algumas das características do direito internacional público que servem de berço para a fragmentação hoje encontrada no cenário internacional. Como já mencionado, o sistema internacional em que

repousam as relações entre Estados soberanos prima pelo consentimento diante da inexistente subordinação entre os entes do sistema internacional, tampouco das normas, mesmo que advindas de um consenso. Vemos a construção de um sistema jurídico autônomo, sem uma estrutura centralizada, tampouco uma norma fundamental internacional que reúna princípios basilares aplicáveis a todos os Estados, como vemos as constituições nos Estados nacionais. Contudo, este sistema contempla, conforme Varella, “um conjunto normativo, com obrigatoriedade e poderes de sanção” que não poderá, ressalte-se, advir de atos unilaterais, tampouco impositivos.²⁰ Portanto, embora composto por características descentralizadas e sem coordenação, o direito internacional, múltiplo por sua natureza, é um sistema legal, uma vez que é possuidor de regras e princípios (normas) que são interpretados no contexto de outras normas, formando um arcabouço, embora complexo, plural e não hierarquizado, consistente que guarda relações entre as normas, podendo ser mais ou menos rígidas (*soft norms* e restritivas), implicando maior grau de generalidade ou especialidade²¹.

Em suma, observamos que o sistema jurídico internacional prescinde de instituições ou normas superiores à vontade dos Estados, tampouco dispõe de um conjunto normativo que, em sua totalidade, represente todos os sistemas jurídicos nacionais e os diferentes valores arraigados nestes sistemas e expressem, por conseguinte, a vontade de todos os Estados. Contudo, o sistema jurídico internacional já apresenta um conjunto robusto de normas e instituições que ordenam as relações entre Estados. Neste liame, podemos exemplificar com a Carta das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos (1948), que introduz conceituações básicas sobre os direitos do homem; a Corte Internacional de Justiça ou a OMC, como organismos legítimos para analisar e processar ilícitos internacionais.

²⁰ VARELLA, Marcelo. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.

²¹ Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law Adopted by the International Law Commission at its Fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/61/10). The report will appear in *Yearbook of the International Law Commission, 2006*, vol. II, Part Two.

O movimento de expansão do direito internacional, acompanhado pela globalização, demonstra novas tendências do direito internacional contemporâneo (nova lógica normativa)²² como a descentralização e propagação de fontes devida à atribuição progressiva dada a novos entes que, direta ou indiretamente, produzem direito ou contribuem para a sua formação, por meio da produção de normas restritivas - mecanismos permitindo garantir a implementação de um acordo-; *soft norms* - normas sem caráter obrigatório, representando um entendimento intermediário sobre determinado assunto que poderá vir a ser uma norma restritiva²³; por meio de relatórios, documentos oriundos de reuniões, por meio dos costumes, jurisprudência, doutrina ou por meio de sua participação como a contribuição de cientistas e ONGs. A multiplicação de atores também possibilita a diversificação e inserção de temas, de novas configurações de poder e pressão que influenciam nos caminhos seguidos pela ordem jurídica.

No tocante à análise supra descrita das características e fenômenos do direito internacional como visto hoje se aduz, dentro da perspectiva de mudança da lógica normativa clássica, a expansão do direito internacional caracterizado, conforme já apresentado, pela: i) ausência de órgão superior aos Estados; ii) proliferação de sujeitos que compõe e influenciam o cenário internacional (aqui sem levar em conta a *great power* de cada sujeito e a intensidade da influencia no sistema internacional); iii) multiplicação de instâncias de resolução de conflitos além das fronteiras nacionais e inexistência hierárquica entre elas; iv) multiplicação de fontes normativas; v) arcabouço jurídico constituídas de maneira horizontal não havendo hierarquia entre normas.

Ademais, diante o aumento da complexidade dos assuntos nacionais e dos assuntos agora postos na pauta de discussão no plano internacional, como direitos humanos, direito ambiental e econômico, que emergem no campo internacional como expressão volitiva

²² VARELLA, Marcelo. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

²³ VARELLA, Marcelo. **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul/set 2005. p.

dos Estados de terem um entendimento comum, seja para uma cooperação, para o bem comum, seja para salvaguardar interesses domésticos, apresenta Varella um importante fenômeno advindo da internacionalização do direito, a saber: o acúmulo de lógicas distintas no direito nacional e internacional levando à profusão de diversos sub-sistemas do direito internacional, econômico, ambiental, humano, que detém uma lógica própria, sendo diferentes entre si, gerando, não raro, entendimentos distintos si.

Estes sub-sistemas se desenvolvem de maneiras e em tempos distintos, não criando conceituações unívocas sobre matérias igualmente analisadas, criando uma miríade de normas sem coerência entre si, podendo gerar entendimentos diversos deflagrando fissuras no sistema como um todo.²⁴ Desta forma pode surgir um direito fragmentado, incoerente, gerando um cenário jurídico de múltiplas realidades (multifacetado).

Os movimentos integracionistas regionais, que tendem a refletir os aspectos culturais regionais ou até mesmo anseios comuns de determinada comunidade tendem a também a construir entendimentos, normas e até mesmo instâncias jurídicas autônomas, que corroboram com a idéia de expansão e especialização do direito e, por conseguinte, do acúmulo de lógicas distintas.

O estudo das relações entre os Estados é marcado por conflitos em todo o seu curso. Fazendo um recorte para as relações existentes após a Segunda Guerra Mundial (1945), passando pela queda do muro de Berlim (1989), às mudanças na ordem mundial quanto às hegemonias, o pós guerra fria, vemos a conexão destes eventos contemporâneos para a construção dos mecanismos que hoje compõe o sistema jurídico internacional. Sem adentrar as questões históricas ou atinentes às relações internacionais, apontamos apenas a conexão de fatos: a criação da ONU só foi possível pela relação de forças estabelecida pelos vencedores da Segunda Guerra Mundial; o advento da OMC (1995) fruto da ascensão do

²⁴ VARELLA, Marcelo. **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul/set 2005. p. 11

liberalismo econômico, antes obstaculizado por potências como a antiga URSS; a profusão de movimentos integracionistas entre os Estados culminou na formação de blocos regionais como a Associação Latino Americana de Livre Comercio (1960) ou a Comunidade Européia, que representa o mais avançado patamar entre os blocos regionais, tudo isso em cinquenta anos repletos de criação de normas como a já mencionada Carta das Nações Unidas

O que se pretende demonstrar é a evolução dos mecanismos de solução de conflitos e de coordenação entre os Estados no curso da história, seja por meios diplomáticos ou políticos, seja por meio jurisdicionais. O fato é que as questões internacionais têm sido acompanhadas pela criação institucional e jurídica de solução e harmonização.

1.1.1 Meios de Solução de Controvérsias

No tocante aos meios jurisdicionais²⁵, convém apontar algumas das jurisdições existentes que, conforme mencionado, mesmo não sendo cogente pela sua própria existência- dependendo da anuência do estado- detém uma estrutura sólida que possibilita a resolução de conflitos além das fronteiras dos Estados. A respeito da jurisdição judiciária internacional (excetuando aqui a jurisdição arbitral, cuja utilização remonta a dois milênios), aponta o Rezek, este é um fenômeno deveras recente, sendo o primeiro órgão de jurisdição permanente criado em 1907, a Corte de Justiça Centro Americana.²⁶

A criação de uma corte, como vimos, pode ser lida como a atribuição de capacidade que um Estado dá a um foro capaz de interpretar e fazer valer as normas postas. Em que pese a importância da proliferação das cortes, tem-se, dentre as cortes permanentes, dado maior destaque à Corte de Haia, cuja criação é anterior a Segunda Grande Guerra, inaugurada em 1920, sendo competente para julgar questões entre Estados soberanos. A Corte

²⁵ Nota: “Jurisdição é o foro especializado e independente que examina litígios a luz do direito e profere decisões obrigatórias.” In REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público. Curso Elementar**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p.340.

²⁶ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público. Curso Elementar**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p.346.

de Haia, no entanto, não representa o único foro judiciário internacional, haja vista a crescente evolução das cortes regionais e das cortes especializadas que, ressalte-se, não tem qualquer sobreposição hierárquica entre si. A Corte de Justiça da Comunidade Européia²⁷ é um grande exemplo de corte regional e especializada, uma vez que trata de direito comunitário, sendo competente para julgar os Estados, indivíduos e empresas da Comunidade Européia.²⁸ A Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁹, localizada em São José da Costa Rica, é também regional e especializada em litígios de direitos humanos, assim como a Corte Européia dos Direitos do Homem³⁰, igualmente especializada quanto a matéria. Para decidir sobre questões econômicas, a OMC possui um sistema de solução de controvérsias que emana decisões condenatórias aos Estados membros. Quanto à especialidade, vemos o tribunal Internacional do Direito do Mar, localizado em Hamburgo, instituído por meio da Convenção de Montego Bay (1992), responsável pela seara relativa ao mar. Estima-se que existam cerca de 125 instituições internacionais, das quais emanam decisões legais independentes das mais diversas áreas e competências, dentre elas tribunais de reparação, cortes criminais, cortes regionais.³¹

Sobretudo a partir dos anos 1990, com a criação de tribunais como Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, o Tribunal Penal Internacional (permanente), entre outros já citados, nascia também a

²⁷ Nota: Criada pelo Tratado de Roma, em 1958.

²⁸ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público. Curso Elementar**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 357.

²⁹ Em vigor dada a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1978.

³⁰ A profusão de Cortes pode apontar uma possível fragmentação mesmo em níveis regionais como na União Européia em que a coexistência de duas cortes, mesmo com competências respectivas, uma relativa ao direito comunitário e a outra atinente aos direitos humanos, podem demonstrar fricções quanto a natureza jurídica de suas Convenções, como observa Delmas-Marty: “ Caso se atenha a terminologia jurídica em vigor, apenas o direito comunitário constituiria uma verdadeira ordem jurídica; contudo, lembrem-se que a corte européia dos direitos do homem não hesitou em invocar a Convenção como instrumento constitucional da ordem européia”. Como uma parte das disposições emanadas dos tratados de Roma (1957) e, mais recentemente, de Maastrich (1992) somado ao de Amsterdã (1997) definiam também um tipo de constituição comum, o resultado é que a Europa teria potencialmente duas constituições, aplicáveis sobre o território parcialmente comum (...)” IN Delmas-Marty. **Três Desafios para o Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003..p. 92-93

³¹ FISHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. **Regimes-Colisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of a global Law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004.p. 1000.

preocupação por parte dos estudiosos do direito internacional quanto à possibilidade de decisões divergentes, assim como o conflito de competências³².

A internacionalização do poder judiciário, com a proliferação (quantitativa) de cortes internacionais e a especialização das mesmas, demonstra o cenário multifacetado da aplicação do direito internacional que, *per se*, demonstra-se fragmentado, caso dois foros apresentem-se competentes, às vezes exclusivamente, ou ao aplicarem ao caso concreto disposições normativas divergentes, podendo chegar a decisões dissonantes quanto à fundamentação ou quanto à sentença final (pretensão das partes).

Neste diapasão, interessante apresentar o papel dos juízes internacionais na interpretação deste direito e, por conseguinte, para evolução material de determinado ramo jurídico. A partir da atribuição dada à corte e, conseqüentemente, aos juízes naturais, pode surgir certo receio quanto à interpretação, segundo o conjunto de valores intrínsecos ao juiz, que, por meio do que Delmas-Marty chama de “transgressão”, pode gerar uma decisão fundada em sua própria subjetividade e não pelos critérios objetivos. Ocorreria o “governo de juízes”, não julgando conforme a “transcrição” (aplicação do direito sem modificar o seu sentido), nem pela “trans-dicção” (por meio da “determinação objetiva de uma referência objetiva).”³³ Os efeitos das margens de interpretação dos juízes internacionais ante a tentativa de unificação ou harmonização do direito internacional deve ser estudada com maior acuidade, uma vez que seus efeitos podem ser elencados como possíveis fragmentadores ou unificadores da lógica e dos princípios basilares do sistema jurídico internacional.

Ainda quanto aos meios jurisdicionais de solução de controvérsias, em especial, por ser fruto de análise posterior neste trabalho, temos a arbitragem que se consagra como mecanismo utilizado há séculos pela sociedade internacional para resolução de conflitos

³² GALINDO, George. **Palestra: A Fragmentação do Direito Internacional**. OAB-DF. Brasília. 25/03/20009.

³³ Delmas-Marty. **Três Desafios para o Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.p. 82-83

utilizada, por vezes, por ser a única jurisdição conhecida.³⁴ Hoje, o que vemos é a multiplicação de centros de arbitragem, como o ICSID e a CCI, que será analisada com acuidade no capítulo posterior. A utilização da arbitragem vem sendo difundida no meio mercantil, sendo uma alternativa aos sistemas nacionais e foros internacionais, dada a sua celeridade, especialidade e, em algumas cortes, o sigilo. Em função da crescente utilização deste mecanismo, optou-se pelo seu estudo.

O rol supra-descrito é meramente exemplificativo, buscando apenas dimensionar as diversas instituições jurídicas existentes, suas competências e especialidades e seu processo de expansão. Ocorre que, como descreve o prof. Rezek, este fenômeno de proliferação de sedes jurisdicionais gera preocupação quanto à coerência do direito internacional, a ver:

“Nos últimos anos do século o número dessas instituições cresceu a ponto de que alguns publicistas se preocupem com uma hipotética dispersão no entendimento do direito internacional como resultado da multiplicação de sedes de jurisprudência. (...) diversas cortes, ora no âmbito regional, ora especializadas em razão da matéria, operam na cena internacional desde algum momento do século XX.”³⁵

A proliferação dos atores e das cortes no direito internacional se, de um lado, contribui para especialização de setores específicos, criando normas e costumes cada vez mais técnicos (ex. normas fitossanitárias, técnicas...), por outro pode ocasionar fricções entre as lógicas e as normas dos diversos ramos do direito, sendo aplicadas de maneiras diversas, resultando em um sistema fragmentado.

1.1.2 Multiplicação de Fontes

Por fim enfrentamos, para fins introdutórios, a questão de multiplicação de fontes do direito internacional tornando mais complexo e especializado. Vemos que o rol de fontes a serem aplicáveis ao sistema internacional fora descrito pela Corte de Haia em seu art.

³⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público. Curso Elementar**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.340.

³⁵ REZEK, Francisco. Op.cit. p. 356.

38, definindo os tratados (alínea a), os costumes (alínea b) e os princípios gerais do direito (alínea c) como as fontes principais do arcabouço jurídico internacional, mencionando subsidiariamente a jurisprudência e a doutrina (alínea d).³⁶

O estudo das fontes não pode ser dissociado da proliferação dos atores internacionais, uma vez que eles, de maneiras diversas contribuem, direta ou indiretamente, para a construção do arcabouço jurídico internacional. A ver pelas Organizações Internacionais que não apenas produzem Tratados e Convenções, mas também, por meio de reuniões e grupos, podem desenvolver entendimentos técnicos acerca de um determinado assunto que poderá, futuramente, transformar-se em uma norma cogente. As ONGs, ao exercerem pressão política, podem mudar o rumo das negociações de determinado assunto ou podem agir diretamente compondo o processo de produção de instrumentos. As empresas transnacionais e multinacionais, podem por meio da criação de mecanismos privados, como a *International Standards Organization (ISO)*, construir um regime jurídico paralelo, à margem estatal, vendo o seu direito privado sendo aplicado por Estados³⁷. Neste sentido apresenta Klaus Gunther: “*In many areas like the world wide web, technology, sports, and some economic branches private actors create their own law - without any involvement of a public legislator.*”³⁸

1.2 Fragmentação do Direito Internacional

Retomando a idéia de que as mudanças nas relações internacionais contribuem diretamente para as transformações do sistema jurídico internacional (conceitos e institutos), destacamos a evolução do direito internacional a partir da Segunda Guerra

³⁶ CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. Ed. New York: Oxford, 2005.p. 156.

³⁷ VARELLA, Marcelo. **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul/set 2005. p.

³⁸ GÜNTHER Klaus, **Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory**. Disponível em: <http://www1.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/gunther.pdf> . Acesso em 10/03/2010.

Mundial, com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) que inaugurava uma agenda positiva de cooperação entre os Estados em diversos ramos -político, econômico, social; o fim da Guerra Fria, em que o mundo começara a experimentar um importante processo de crescimento econômico e interação inter-Estatal, levando a uma reconfiguração da ordem mundial à época³⁹; e, por fim, a globalização.

Com relação à globalização, especial abordagem deve ser feita, dada a importância deste processo para a transformação (transfiguração) do sistema internacional como um todo, influenciando, por óbvio, na dinamicidade do sistema jurídico internacional. Um dos aspectos deste fenômeno, como tratado pelo estudo da Comissão de Direito Internacional da ONU, “é a emergência de cooperação de redes técnico especializadas de âmbito global: o comércio, meio ambiente, direitos humanos, diplomacia, comunicação, medicina, a prevenção do crime, a produção de energia, a segurança, a cooperação indígenas e assim por diante” representando esferas que transpõem as fronteiras nacionais e que demonstram a impossibilidade de regulação pelas bases do direito internacional tradicional, sendo necessária, para tal, a construção jurídica de normas e regras pelo próprio sistema a qual se inserem⁴⁰. Desta forma, vemos que a expansão dos assuntos tratados fora das fronteiras nacionais possibilita a pujança de sistemas autônomos à margem da autoridade estatal com capacidades legislativas, e, jurisdicional, gerando um pluralismo jurídico embasado em racionalidades distintas.

Destarte, podemos concluir que a globalização engendrou a proliferação de diversos ramos do direito para atender às necessidades nascentes e a inter-relação, horizontal,

³⁹ AFONSO, Henrique Weil. **Unidade e Fragmentação do Direito Internacional: O Papel dos Direitos Humanos como Elemento Unificador.** Disponível em: http://www.cedin.com.br/revistaelectronica/volume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_III.pdf Acesso em: 23/03/2010.p. 8.

⁴⁰ KOSKENNIEMI, M. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law.** Report of the Study Group of the International Law Commission. United Nations, 256p. p. 244-245.

entre estes ramos do direito e das redes existentes no sistema- econômica, social, cultural, política, ambiental e jurídica- para solucionar questões postas à comunidade internacional. Segundo Ficsher-Lescano e Gunther Teubner, este fenômeno acelera a diferenciação da sociedade em sistemas sociais autônomos, devendo ser denominada como globalização policêntrica, apresentando uma abordagem mais profunda sobre as causas da fragmentação do direito internacional como vista hoje, indo além da análise meramente normativa conflitual para uma análise de fragmentação da sociedade global como um todo.

Neste sentido, as relações estabelecidas não só entre estados, mas entre múltiplos novos atores resultam, no campo jurídico, na criação de mecanismo jurídicos próprios (nacionais, regionais e internacionais), com racionalidades específicas, que possibilitam a salvaguarda dos interesses dos atores envolvidos no sistema⁴¹. A aceleração do crescimento das organizações internacionais e regimes regulatórios que criou sistemas legais autônomos⁴² demonstra a necessidade de compartilhamento (atribuição) da competência normativa, pelo Estado, diante da impossibilidade de normatização em plano material e espacial (fora de suas fronteiras), contribuindo por sua vez para a fragmentação em diversos níveis (sujeitos, temáticas, órgãos de solução de conflito, normativo, além das esferas política, econômicas e sociais). Neste diapasão, Galindo amplia a conceituação de fragmentação, demonstrando a existência deste fenômeno também em relação aos sujeitos e atores do direito internacional como ONGs, empresas, sindicatos, associações civis, que têm pleiteado a sua colocação juntamente com Estados em regimes ou têm criado regimes à margem dos Estados⁴³.

⁴¹ CHAIB, André Nunes. **Internacionalização e Fragmentação do Direito. A possibilidade de uma comunidade internacional de valores**. 2009. p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil.

⁴² FISHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. **Regimes-Colisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of a global Law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004. . 1008.

⁴³ GALINDO, George. **Palestra: A Fragmentação do Direito Internacional**. OAB-DF. Brasília. 25/03/20009.

1.2.1 Características da Fragmentação

Superadas as assertivas teóricas clássicas e considerando a evolução sistêmica constante sofrida pelo direito internacional passemos a análise da fragmentação.

A expansão e a diversificação do direito internacional, como vimos, implicam em uma reconfiguração do sistema jurídico internacional gerando em uma série de questionamentos quanto à sua coerência e lógica sistemática. Motivados pelas questões emergentes do direito internacional, constitui-se, em 2000 (A/55/10, anexo), um grupo de trabalho na Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) responsável pelo estudo “Os Riscos Resultantes da Fragmentação do Direito Internacional”. Neste trabalho foram focalizadas as questões de coerência do sistema criadas a partir da emergência dos subsistemas ou regimes autônomos que poderiam ser demandados ao mesmo tempo em relação a um objeto comum e que poderiam ter, por vezes, normas até mesmo conflitantes criando uma desarmonia tanto na aplicação do Direito, quanto na construção técnica dos princípios e normas, gerando fontes heterogêneas⁴⁴.

Diante da complexidade do tema, em 2002, estabeleceu-se uma subcomissão dentro do Grupo de Estudo, intitulada “Fragmentação do Direito Internacional: Dificuldades Emergentes da Diversificação e Expansão do Direito Internacional” (*“Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international Law”*)⁴⁵, culminando na publicação de um relatório⁴⁶ em abril de 2006 (A/CN.4/L.682), em que são analisados o fenômeno da fragmentação, as possibilidades de harmonização, uniformização, unificação legislativas, e discutidos conceitos como a

⁴⁴ CASTANHEIRA, Fernando Henrique. **Impactos da Difusão de Regimes Internacionais Autônomos no Direito Internacional Contemporâneo.** Disponível em: <http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/br/simp/artigos/castanheira.pdf>. Acesso em: 01/03/2010. p. 2.

⁴⁵ KOSKENNIEMI, M. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law.** Report of the Study Group of the International Law Commission. United Nations, p. 8.

⁴⁶ Neste caso nota-se que a CDI, acionada, normalmente para preparar projetos de tratados como o realizado para a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, preferiu construir um documento doutrinário sobre o tema a realizar um projeto de tratado.

“interação sistêmica”, regionalismo, aplicação da *Lex specialis*, *self-contained regimes* (ou regimes autônomos), conflito de normas, dentre outros assuntos. Diante da complexidade deste relatório faremos apenas uma abordagem sucinta para que componha o presente estudo.

O Relatório apresenta a terminologia “diferenciação funcional” para denominar o processo de fragmentação que seria a “crescente especialização de partes da sociedade e a relativa autonomização destas partes” .⁴⁷ Dada a especialização dos ramos do direito internacional, há a criação de sistemas autônomos (direitos humanos, direito econômico, direito ambiental, direito do mar), que possuem complexo de normas, princípios, fóruns de solução de controvérsia, às vezes com igual especialização de um sistema para outros.⁴⁸ Neste cenário multifacetado em que nichos de direito cada vez mais especializados, e, em alguns casos, cada vez mais autônomos em relação a outros sistemas e aos princípios gerais do direito internacional é que vemos o fenômeno da fragmentação florescer.

Com esse crescimento desordenado⁴⁹, é inevitável o conflito de normas e sistemas, e a perda da perspectiva geral do direito, colocando em xeque a coerência e a sua segurança jurídica, uma vez que as reações das instituições oficiais não podem ser mais previstas.⁵⁰

Mister apontar que, segundo a Ficscher-Lescano e Gunther Teubner, juristas, já especulavam sobre o surgimento de uma fragmentação do direito global, não em razão do território, mas em função da multiplicidade de setores a construírem seu próprio arcabouço jurídico. Não poderíamos, assim, segundo os autores, reduzir a fragmentação apenas ao campo jurídico, tampouco econômico e político, mas teríamos que ampliar o seu escopo e

⁴⁷ KOSKENNIEMI, M. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. Report of the Study Group of the International Law Commission. United Nations, p. 11.

⁴⁸ OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de . **DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL: O CASO MOX PLANT**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. v. 1. p. 1-1000.

⁴⁹ A eleição deste termo não é com o intuito depreciativo, mas sim para apresentar o crescimento sem elementos balizadores como ocorre no direito interno

⁵⁰ KOSKENNIEMI, M. op. cit, p. 2

compreender que a fragmentação jurídica seria apenas um dos aspectos da fragmentação multidimensional da sociedade global.⁵¹

Desta forma, os autores em análise, admitem que a pluralidade legal existente no plano internacional expressa as profundas contradições existentes entre os setores colidentes da sociedade global⁵². A fragmentação, para estes autores, deve ser analisada além da perspectiva reducionista dos campos normativos, políticos, econômicos ou culturais, sendo compreendida como uma reflexão da fragmentação da sociedade global em si.

A existência deste fenômeno e a sua importância ensejaram diversos estudos sobre o tema, havendo posições mais críticas que crêem no esvaziamento do direito internacional, da propagação de jurisprudências, *forum shopping* e na perda da segurança jurídica. Outra corrente de autores acredita ser apenas um problema técnico que emerge dado o aumento da atividade legal internacional podendo ser controlado pela coordenação. Certo é, sem divagações nos campos sociológicos ou políticos, que a emergência de sistemas com regras especializadas e instituições múltiplas é facilmente observada como razão do fenômeno da fragmentação.⁵³

Gehard Hafner discorre de maneira clara sobre alguns elementos que compreende serem responsáveis pelo aumento da fragmentação: a) a proliferação de normas internacionais; b) o crescimento da fragmentação política (juntamente com o crescimento regional e global e a interdependência das áreas econômicas, ambientais, energéticas, recursos naturais, saúde e a proliferação de armas de destruição em massa); c) a regionalização do direito internacional em consequência de um aumento do número de encontros regionais de

⁵¹ FISHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. **Regimes-Colisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of a global Law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004. p. 1000.

⁵² FISHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. Op. Cit. p.1004

⁵³ OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de . **DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL: O CASO MOX PLANT**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. v. 1. p. 1-1000, p12

pessoas interessadas na formulação de parâmetros para o direito internacional; d) a emancipação do indivíduo face aos Estados; e f) a especialização do direito internacional.⁵⁴

Se aceitarmos a premissa de que o direito internacional esta em constante transformação, admitir a globalização como vetor maximizador da inter-relação entre os atores e da multiplicação de assuntos postos à comunidade internacional cada vez mais complexa diante da pluralidade do sistema, compreendendo a funcionalidade do direito no plano internacional além da territorialidade, será possível ter uma dimensão do contexto em que o fenômeno da fragmentação se insere. Podemos analisar os benefícios deste fenômeno, uma vez que, por meio da especialização, é possível atender as complexidades existentes, contudo podemos nos deparar com a revelação das fissuras e conflitos não somente de normas e sub-sistemas, mas de racionalidades distintas.

Sabendo da existência de diversos sistemas (ou sub-sistemas) que, por sua vez, podem deter meios de solução de controvérsias próprios, retornamos à preocupação do conflito de decisões advindos deste processo. Como exemplo, podemos citar o caso Bósnia vs. Sérvia, julgado em 2007, pela Corte Internacional de Justiça, em que pesava contra a Sérvia a acusação de genocídio ao povo bósnio, exarando uma decisão negativa ao aplicar o *effective control* (controle efetivo)- dispositivo que estipula que, para que haja genocídio é necessário o controle efetivo do Estado da atividade de uma população delimitada, certa. Ocorre que o TPI para a Ex-Iugoslávia, também ao julgar o caso entre Bósnia e Sérvia, adotara um critério distinto quanto à responsabilização do Estado, qual seja, o *overall control* (controle total), o qual propugna que haja um controle geral sobre a atividade dos particulares alvo da ação. Desta forma, vemos um mesmo caso fático analisado de forma distinta por dois

⁵⁴ HAFNER, Gerhard. **Pros And Cons Ensuing From Fragmentation Of International Law**. Disponível em: students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf Acessado em: 18/02/2009.p. 849- 850.

tribunais legítimos que, criando precedentes distintos, cria insegurança em uma matéria específica e quanto à sua aplicação, demonstrando a fragmentação⁵⁵.

A tensão conflitual entre diferentes normas do direito internacional é facilmente visível na inter-relação das normas de comércio internacional e das normas internacionais de proteção ao meio ambiente⁵⁶. Este conflito com frequência é observado na Organização Mundial do Comércio, órgão criado em 1995, resultante das negociações no âmbito do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), representando um fórum de negociação e solução de controvérsias comerciais globais, possuindo racionalidade e instrumentalidade própria. Como exemplo, podemos citar o contencioso “Camarões-Tartarugas” (*Shrimp-Turtle*), de 1998, em que o Órgão de Apelações foi acionado para decidir a celeuma envolvendo Estados Unidos e Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia no tocante à proibição estadunidense à importação de camarões que utilizassem, para sua captura, técnicas que colocassem em risco as tartarugas marinhas. Assim, o órgão fora acionado pelos países afetados com as restrições às exportações, alegando que a restrição poderia ser analisada como medida restritiva ao livre comércio, portanto condenáveis sob o égide da OMC. Ao final, o órgão decidiu que as estipulações estadunidenses estariam amparadas pelo artigo XX, alíneas (b) e (g) do GATT⁵⁷ que resguardam a vida animal, conforme havia afirmado em sua defesa. Contudo, condenou a restrição taxativa contida na legislação americana quanto aos métodos a serem utilizados na pesca, que representaria uma distorção ilegal atentatória ao livre comércio, firmando posicionamento que restringe a utilização de argumentos atinentes a

⁵⁵ GALINDO, George. **Palestra: A Fragmentação do Direito Internacional**. OAB-DF. Brasília. 25/03/2009.

⁵⁶ HAFNER, Gerhard. **Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law**. Disponível em: <http://students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf>. Acesso em: 26/10/2009. p. 853

⁵⁷ “Article XX: Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:
(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;”

direitos do meio ambiente para conduzir práticas de medidas restritivas de comércio⁵⁸. No caso, resta demonstrado a coexistência de normas que detêm racionalidades distintas, advindas de sub-sistemas distintos, utilizadas em uma questão de fato e de direito similar.

Por último, apresentamos o caso *MOX PLANT* no qual se demonstra o conflito de diferentes sistemas jurisdicionais e o conflito de competência entre órgãos legítimos para solução do conflito. O litígio tem por objeto a construção de uma usina nuclear no Reino Unido, a 184 km da costa da Irlanda, para a produção de um combustível chamado *MOX*⁵⁹. Sob da alegação de poluição às águas irlandesas, a República da Irlanda invocou, em julho de 2001, a Convenção sobre a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Noroeste (OSPAR, art. 32), solicitando a constituição de um tribunal arbitral e cautelarmente a suspensão da construção da usina. Após julgar-se competente em julho de 2003, o órgão negou a pretensão irlandesa. Ocorre que, em novembro de 2001, a Irlanda acionou o Tribunal Internacional do Direito do Mar, com fulcro no art. 290, parágrafo 5 da Convenção de Montego Bay, que se declarou competente, em respeito ao art. 282 da mesma Convenção, mesmo diante do procedimento arbitral em curso no âmbito da OSPAR, instaurando um procedimento paralelo que, mais tarde, negou a pretensão irlandesa. A Comissão Européia, em outubro de 2003, aciona a Irlanda sob a acusação de violação do Tratado de Roma, pois houve a instauração de procedimento arbitral por parte da Irlanda sem a consulta prévia às instituições comunitárias competentes ferindo, por sua, vez o princípio da cooperação. Em 30 de maio de 2006, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, declara-se competente exclusivamente, condenando a Irlanda, com fulcro no art. 10 do tratado de Roma. Em suma, em dezembro de 2003, a Irlanda pede suspensão do litígio junto ao Tribunal Internacional do

⁵⁸ AFONSO, Henrique Weil. **Unidade e Fragmentação do Direito Internacional: O Papel dos Direitos Humanos como Elemento Unificador.** Disponível em: http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_III.pdf Acesso em: 23/03/2010 p. 25

⁵⁹ OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. **DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL: O CASO MOX PLANT.** In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. v. 1. p. 1-1000. p. 2.

direito do Mar⁶⁰. Assim, vemos a divergência interpretativa de uma Convenção de diversos órgãos jurisdicionais quanto à competência (todos declarando-se competentes), havendo o conflito de três regimes jurídico internacionais: a Convenção das Nações Unidas para Direito do Mar (UNCLOS), a Convenção sobre a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Noroeste (OSPAR) e a Corte de Justiça Européia que, ressalte-se, declaravam sua competência exclusiva para solucionar o caso. O caso corrobora com a afirmação de descentralização do sistema internacional e ausência de hierarquização, refutando as aceções positivistas de Hart e Kelsen.

De tal modo, conforme supra-exposto, vemos a fragmentação em diversos níveis, tais como, uma divergência jurisprudencial (interpretativo) de duas cortes sobre um mesmo fato criando precedentes distintos dentro de um mesmo sistema; a inter-relação de dois regimes (sub-sistemas), demonstrando um processo inter-sistêmico para a uma mesma base fática; e a divergência interpretativa de três tribunais para a resolução de um conflito dado afastamento de jurisdição obrigatória vista nos moldes domésticos. A segurança jurídica e a evolução do sistema internacional, *latu sensu*, pode ser questionada diante dos casos expostos.

Portanto, surge o questionamento quanto à possibilidade de criação de um sistema normativo global que respeite e reflita a racionalidade não só de todas as famílias jurídicas existentes e de seus sub-sistemas, mas também que seja capaz de criar um universalismo de valores que dele emane e que seja reconhecido por todos os sujeitos e atores do direito internacional. Se o sistema jurídico internacional é construído por uma miríade de sujeitos, normas, sistemas de soluções de controvérsias, aliados a influências políticas,

⁶⁰ OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. **DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL: O CASO MOX PLANT**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. v. 1. p. 1-1000. p. 2p. 2.

sociais, econômicas, seria possível a construção uníssona de valores comuns, dado o choque de racionalidades dos sub-sistemas e os choques culturais (valores) existentes entre os Estados (postos ao sistema por meio de suas decisões e como reflexo do seu ordenamento jurídico doméstico no plano internacional)?

1.2.2 Sistematização e Regionalização

Compreendendo o Direito Internacional como um sistema⁶¹, a evolução e especialização dos ramos que o compõe geram sub-sistemas que criam sua própria dinâmica e racionalidade. O direito internacional moderno tem como característica a configuração de sistemas, fruto do aumento atribuição de competência às instituições supranacionais, sejam regionais, universais, bilaterais, aumentando a abrangência jurisdicional internacional e contribuindo, por conseguinte na especialização do direito material, criando regimes jurídicos próprios e autônomos chamados *self-contained ou auto contidos*.

Os sistemas auto-contidos por sua vez, representam sub-sistemas autônomos, auto-referenciais⁶² que reforçam a sua própria competência, criando elementos jurídicos de aplicabilidade própria, unidos por objetivos e propósitos comuns, desenvolvendo-se à margem dos Estados nacionais.

A especialização pode levar à autonomia dos campos jurídicos internacionais, delineando a miríade de sub-sistemas hoje postos, como direito do mar, direito do meio ambiente, direito econômico internacional, entre outros, em que é criado um conjunto jurídico próprio composto por princípios, normas e até mesmo instituições próprias⁶³

⁶¹ Neste sentido apresenta Hafner: “*Presently, there exists no homogeneous system of international law. International law consists of erratic blocks and elements; different partial systems; and universal, regional, or even bilateral subsystems and subsubsystems of different levels of legal integration.*” IN HAFNER, Gerhard. **Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law**. Disponível em: <http://students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf>. Acesso em: 26/10/2009.

⁶² CASTANHEIRA, Fernando Henrique. **Impactos da Difusão de Regimes Internacionais Autônomos no Direito Internacional Contemporâneo**. Disponível em: <http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/br/simp/artigos/castanheira.pdf>. Acesso em: 01/03/2010. p. 70

⁶³ CASTANHEIRA, Fernando Henrique.op. cit. . p. 2.

propostas pelos atores envolvidos no sistema, de forma a validar as aspirações do momento em que vivem, reforçando a autor-regulação e, por conseguinte, a legitimidade do próprio sistema.

A inter-relação dos sub-sistemas, que emergem do pluralismo legal (se aceita a concepção de Fischer Lescano e Gunther Tubner, a inter-relação entre setores sociais globais distintos) pode ser deflagrador de conflitos, como já expostos, dado, entre outros aspectos, o choque de racionalidades existentes entre os sub-sistemas que se relacionam.

Aduzem os autores que, por meio da análise compreensiva da comunicabilidade das racionalidades diante de um fato concreto, poderá aferir-se o modo de aplicação do direito internacional (lei geral ou especial) ⁶⁴, rejeitando por completo qualquer hierarquização normativa que não leve em consideração as diferentes esferas que circundam a fragmentação internacional.

A pretensão universalista do direito internacional é uma máxima extremamente debatida entre os estudiosos. A possibilidade de composição de um direito universal, com valores e racionalidades comuns pode prosperar? Eis que surge o primeiro entrave, o regionalismo. O estudo da CDI discorre sobre o regionalismo demonstrando-o não somente como uma instância de produção normativa, mas como um ambiente de debate de questões comuns àquela comunidade. Três abordagens são descritas sobre o regionalismo: a) orientações particulares de pensamentos jurídicos e de cultura⁶⁵, demonstrando as influências dos aspectos sociais, culturais e políticos da região no direito internacional; b) fórum privilegiado para a construção do direito internacional⁶⁶, em que o direito é desenvolvido em ambiente em que há homogeneização de interesses, resultando na aplicação mais eficiente do

⁶⁴ CASTANHEIRA, Fernando Henrique. Op. cit, p. 2.

⁶⁵ KOSKENNIEMI, M. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. Report of the Study Group of the International Law Commission. United Nations, 256p. p. 103

⁶⁶ KOSKENNIEMI, M. op. cit. p. 106.

direito; c) regra ou princípio com esfera de validade regional ou limitação regional à esfera de validade de uma regra ou princípio universal.

Poderá, assim, o regionalismo ser mitigador da fragmentação? Poderá o regionalismo ser responsável pela melhor aplicabilidade do direito internacional, uma vez que representa a racionalidade e cultura de um grupo específico? Pela primeira abordagem (positiva), a regra, vinculada aos Estados participantes, poderia gerar entendimentos homogêneos em determinada região. Todavia, na terceira abordagem (negativa), o Estado se eximiria da aplicabilidade de princípios universais, com isso, contribuindo para uma fragmentação em nível normativo.

Quanto ao movimento de particularização do direito internacional, afora a especialização material como supra-descrita, e do surgimento dos sub-sistemas, no tocante aos movimentos integracionistas regionais em que Estados, motivados por objetivos comuns (econômicos, políticos, sociais) se unem formando blocos de integração, como vemos o MERCOSUL, Nafta ou, na modalidade mais evoluída, a União Européia. Podemos aduzir deste movimento integracionista, muitas das vezes, uma integração dos direitos e da construção de um arcabouço jurídico internacional comum, como vemos na União européia e na OEA em que há uma integração regional para o desenvolvimento de um direito internacional específico, qual seja, neste caso, os direitos humanos. A este movimento de integração, seja em função do direito material ou do regionalismo, demonstram a fragmentação do direito que, neste caso pode ser positivo pois, podem levar os Estados a cumprirem a norma uma vez que refletem melhor a situação política da região em que esta localizado este Estado⁶⁷. Todavia, notamos um dos efeitos negativos desta fragmentação que a partir da interação deste sub-sistemas, vemos a exposição das fricções e contradições entre princípios, normas e aplicação do direito a um objeto comum.

⁶⁷ HAFNER, Gerhard. **Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law**. Disponível em: <http://students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf>. Acesso em: 26/10/2009.

1.2.3 Harmonização, uniformização e unificação

A despeito da constatação de que o sistema internacional é anárquico, no qual sub-sistemas e normas evoluem e especializam-se em velocidades distintas e direções autônomas segundo racionalidades próprias de seu ramo do direito, e que, além disto, engendram sub-sistemas jurídicos parciais, autônomos e às vezes auto contidos (*self-contained*), não podemos questionar sua validade. Pelo contrário, devemos a esta desordem a proliferação normativa existente, haja vista que a desordem favorece a diversidade; portanto o pluralismo observado no sistema jurídico internacional vigente, em que surgem e desenvolvem-se os sub-sistemas de acordo com suas racionalidades. Veja-se o exemplo dos sub-sistemas, equivocadamente vistos como antinômicos, do direito econômico e dos direitos dos homens, em que assistimos o primeiro produzir *soft norms*, que buscam adaptar-se a todo tempo às nuances do mercado e o segundo produzir normas mais amplas, buscando a maior e mais efetiva proteção⁶⁸

Certo é que a noção de direito posta aos ordenamentos nacionais nos quais estamos inseridos claramente apresenta uma estrutura hierarquizada e unificada em que não restam dúvidas materiais ou formais quanto à sua aplicação. Quando exposto a uma multiplicidade, como vemos no sistema internacional, em que diversas variáveis, sujeitos, atores compõem o sistema, não podemos aplicar, por óbvio o modelo hermético aplicado nacionalmente. Ordenar esta multiplicidade sem que haja um reducionismo (o que levaria ao aumento das tensões entre os sub-sistemas), tampouco por imposição hegemônica quanto à forma ou matéria, deflagração⁶⁹ justaposição ou absorção é o grande desafio do direito internacional hodierno.

Expostas algumas das características do direito internacional e do fenômeno da fragmentação, passemos às formas possíveis de ordenação deste sistema.

⁶⁸ Delmas-Marty. **Três Desafios para o Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.p. 71-72.

⁶⁹ Delmas-Marty. Op. cit. p. 100

Segundo Delmas-Marty, pensar em um Direito Mundial, “(...) capaz de obter a síntese de todas as famílias jurídicas é, hoje, ainda impensado.”⁷⁰ Mesmo em escala regional, como a Europa, vemos que discrepâncias em diversos campos como o jurídico, o político, o econômico, o cultural ou religioso, por exemplo, impedem essa síntese. Fischer-Lescano e Gunther Teubner analisam que qualquer aspiração por uma unidade normativa de um direito global em que haveria soluções em um metanível, é inconcebível⁷¹ tanto do ponto de vista jurídico quanto da sociedade global.

Desta forma, Delams-Marty propõe métodos possíveis para tornar o direito internacional mais homogêneo, a ver: i) unificação, ii) uniformização e iii) harmonização. A primeira abordagem, segundo a autora, é mais freqüente no direito internacional⁷², pois advêm das Convenções Internacionais, compondo um conjunto único de regras para aplicar o direito de modo idêntico nas diversas escalas (mundial- ex.: Convenção de Viena, 1980, sobre venda internacional de mercadorias- ou regional- direito da concorrência no âmbito da Comunidade Européia). Por sua vez, a uniformização, consiste em um processo de integração de regras idênticas, definidas pelas convenções, ao direito nacional⁷³, realizadas por meio das técnicas mais diversas, como a UNIDROIT, que dispõe sobre os “princípios relativos ao comércio internacional”, sendo guia para outros instrumentos internacionais ou sendo utilizados como modelo pelos legisladores nacionais. Em ambas as abordagens, completa a autora, “as regras comuns tem mais chances de serem adotadas (pela ratificação de convenções ou utilização dos textos facultativos), pois repousam sobre uma síntese de diversas tradições jurídicas.”⁷⁴.

⁷⁰ **Três Desafios para o Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003 p. 102

⁷¹ FISHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. Regimes-Colisions: **The vain search for legal unity in the fragmentation of a global Law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004. p. 1004.

⁷² Delmas-Marty. op. cit, p. 112.

⁷³ Ressalva Delmas Marty : “ regras idênticas e não únicas, pois elas são incorporadas a cada um dos desses direitos, suas disposições são uniformes como os soldados trajando o mesmo “uniforme”, mas dentro da qual cada um conserva a sua própria identidade.”

⁷⁴ Ibidem, p. 113-114.

Contudo, ressalta-se que a unificação, é difícil de materializar-se em searas cujas divergências sejam muito consistentes.

Para atender às dificuldades da unificação ou da uniformização, propõe a autora a abordagem da harmonização, mais aceitável no emergir de divergências, pois consiste na aproximação dos sub-sistemas entre si, sem vislumbrar, contudo, suprir todas as diferenças. Desta forma, diante do pluralismo existente, ela apresenta uma solução aos sub-sistemas que nem sempre apresentam identidades entre si, indo além da análise entre a compatibilidade e incompatibilidade, para dar ao sistema um sentido metodológico gradativo da razão lógica.

Em casos em que não seria possível a unificação, ou que o caso prescindisse de uma forte referência comum, a harmonização deve guiar-se sob o signo da transparência, objetividade e rigor, buscando “regras comuns mínimas” para assim aproximar sub-sistemas, mitigando qualquer tentativa de mundialização hegemônica de valores unilaterais.

Em que pesem as dificuldades, a CDI apresenta a harmonização como ferramenta para o conflito nomartivo, mesmo com a ressalva de que “pode resolver conflitos aparentes, que não pode resolver os conflitos genuínos” e conceitua: *“It is a generally accepted principle that when several norms bear on a single issue they should, to the extent possible, be interpreted so as to give rise to a single set of compatible obligations.”* (2). Ademais, acrescenta que, mesmo quando há conflito entre normas gerais e especiais (*Lex specialis*), a harmonização possibilitará a aplicabilidade do princípio geral como guia de interpretação e aplicação da lei especial (não sendo extinta a lei geral). (3).

Surgem, a partir desta abordagem questionamentos quanto à possibilidade de construções jurídicas que contenham princípios universais. Os direitos humanos são capazes de criar axiomas basilares que reflitam, de maneira universal, as características dos diferentes povos? O direito comercial, pode ser analisado como vetor fragmentante, ou

unificador, em que vemos direitos consuetudinários, como a *Lex mercatoria*, serem utilizados por grande parte dos atores ? É possível pensar em um direito global? Estas são as respostas que o estudo do direito internacional terá que desvendar.

A partir da apresentação do caso em análise neste trabalho, poderemos deduzir se há mesmo um fenômeno fragmentador ou unificador e analisar os caminhos do direito internacional (unificação, uniformização e harmonização).

2 ARBITRAGEM INTERNACIONAL

O ponto focal do trabalho, como dito, é a análise da fragmentação do direito internacional, aqui ilustrada por meio do recorte de um julgado internacional decidido por meio da arbitragem internacional⁷⁵, envolvendo duas renomadas cortes, quais sejam, a da CCI e o ICSID, conhecidas em inglês, respectivamente, por *International Chamber of Commerce (ICC)*, dentro da qual instala-se a *International Court of Arbitration* e o *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* .

A expansão transnacional da economia de mercado, traço da globalização, levou à maior interação no campo comercial (transações comerciais), aumentando, com isso, a quantidade de conflitos neste ramo. Desta forma, a busca por soluções que não são abarcadas pelos complexos jurídico/jurisdicionais nacionais cresce, demandando o desenvolvimento de normas e meios de soluções de controvérsias céleres no plano internacional, que acompanhem e atendam ao dinamismo do comércio; é neste contexto que se busca a arbitragem internacional, meio adequado às demandas.

Para compreensão deste instituto apresentamos a conceituação de Irineu Strenger: “a arbitragem é instância jurisdicional, praticada em função de regime

⁷⁵ “Arbitration: (From Latin *arbitrari*: “to give judgment”) The process by which parties to dispute submit their differences to the judgment of an impartial third person or group selected by mutual consent” IN AUGUST, Ray. **International Business Law. Text, Cases and Readings**. 2. ed. New Jersey: Prentice Hall, 1993.

contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios, e força executória perante tribunais estatais”⁷⁶.

A arbitragem como solução pacífica de controvérsias consagra-se como um dos institutos jurídicos de resolução de conflitos mais antigos. Antes mesmo da utilização de tribunais, a arbitragem era o modo mais equilibrado de resolver os conflitos. Na Grécia, este instituto foi amplamente utilizado, mesmo após o surgimento dos juízes togados. Em Roma, posteriormente, este instituto continuou a ser utilizado, aprimorando-se por força das intensas trocas comerciais, dando início à utilização da arbitragem no comércio internacional e levando a consagrá-la como pacto contratual. Na Idade Média, este método era utilizado pelos comerciantes para dirimir conflitos e, levando em conta usos e costumes diversos, induziram ao surgimento da *Lex mercatoria*⁷⁷, leis consuetudinárias comerciais que são aprimoradas e utilizadas até hoje. A arbitragem como conhecemos hoje começou a se delinear em um litígio arbitrado pelo Tribunal Internacional de Genebra, em 1872, em que os EUA demandaram a Grã-Bretanha sob a alegação de que ela havia abastecido um navio pirata no Alabama durante a Guerra de Secessões, tendo sido a Grã-Bretanha condenada ao pagamento de uma indenização no valor de US\$ 15.500.000⁷⁸.

Hoje, existem diversos tratados versando sobre arbitragem internacional. Podemos apontar como marco inicial, que embasou as primeiras normas de um sistema arbitral internacional, a *First Hague Convention on the Peaceful Settlement of International Disputes* (PCA), de 1899⁷⁹, que previa, segundo o art. 20 da Convenção, a formação da Corte Permanente de Arbitragem. Desde então, diversas importantes normas internacionais vem sendo produzidas, dentre as quais podemos citar: o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas

⁷⁶ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 214.

⁷⁷ STRENGER, Irineu. Arbitragem Internacional. Conceitos Básicos. IN: PUCCI, Adriana Noemi (Org.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Ltr, 1998. 327 p.

⁷⁸ ROCHOLL, Nataly Evelin Konno **A arbitragem do ICSID: repercussão internacional e a posição do Brasil**. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil, 2010. p. 12

⁷⁹ CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. Ed. New York: Oxford, 2005. p. 281.

Arbitrais de 1923; a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras - Convenções de Nova York (1958); Convenção de Washington (1965) e a chamada Lei-Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission for International Trade Law*), criada em 1985; Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Estrangeiros - Convenção de Montevidéu de 1979; a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional - Convenção do Panamá de 1975.

No tocante aos conflitos de cunho comercial, em que a morosidade é diretamente proporcional a perdas em escala, hoje, fazem-se necessárias soluções que acompanhem a dinâmica das relações negociais e a arbitragem, uma instância auto-composta, apresenta características imprescindíveis para os negócios internacionais, a ver: (i) celeridade, princípio que dá dinamismo ao processo, contrastando com algumas cortes nacionais em que a pretensão das partes pode até mesmo nunca ser alcançada e que, ainda, devido à morosidade, pode ter um custo maior do que a arbitragem; (ii) sigilo, que, para uma empresa, é de suma importância para que não tenha seus conflitos expostos à concorrência, por exemplo, o que poderia influenciar e prejudicar o andamento dos negócios; (iii) especialidade, fundamental princípio em casos cujo objeto é muito específico, o que ocorre nas cortes arbitrais especializadas por assunto e que, na maioria das vezes, não ocorre nos tribunais nacionais, cujo processo decisório está nas mãos de um profissional que domina a ciência do direito, mas pouco conhece dos intrincados assuntos por vezes em disputa; (iv) imparcialidade, uma vez que não há vinculação com ordenamentos jurídicos nacionais ou partes.

Um dos princípios fundamentais da arbitragem internacional é o da autonomia das partes⁸⁰, consagrando a liberdade de escolha pelas partes, por acordo recíproco,

⁸⁰ STRENGER, Irineu. Arbitragem Internacional. Conceitos Básicos. IN: PUCCI, Adriana Noemi (Org.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Ltr, 1998. 327 p, p 62.

para determinar elementos principais que devem estar contidos na arbitragem⁸¹, desde as regras a serem usadas, assim como a escolha dos árbitros que analisarão a contenda, primando-se pela opção de organismos autônomos (não podendo ter seus procedimentos e regras influenciados pelas normas do país no qual tem sede⁸²), privados, desnacionalizada, assim como árbitros especializados no assunto objeto do litígio para imprimir ao processo a maior especialidade e imparcialidade possível.

Por não se submeter hierarquicamente a nenhum órgão, tampouco estar ligada a um ordenamento jurídico específico, a arbitragem tem sua base fundada no princípio da autonomia da vontade das partes. Ela é concebida por uma relação contratual⁸³, por meio de uma cláusula compromissória ou cláusula arbitral⁸⁴, consensualmente estabelecida pelas partes, podendo também emanar de disposição entre Estados⁸⁵ (compromisso arbitral constituído por um Tratado). As cláusulas arbitrais, para que sejam bem executadas, devem conter o objeto a ser resolvido pela arbitragem e a indicação dos árbitros, podendo também ser avençado o direito aplicável, o idioma, o local, as regras a serem aplicadas e até mesmo o foro de resolução de controvérsias. Mesmo não havendo qualquer disposição contratual entre as partes, havendo um litígio, elas podem estabelecer compromissos arbitrais ulteriores havendo consentimento das partes. Os árbitros podem ser escolhidos de acordo com o seu

⁸¹ STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1996, p. 25

⁸² ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e a Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p 63.

⁸³ STRENGER, op. cit. p. 24. Sobre a questão assevera Irineu Strenger: “reconhece-se na arbitragem internacional a sua natureza mista: convencional, por sua origem, e jurisdicional, por sua função. (...) assim formulamos: “arbitragem é instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais.”

⁸⁴ Sobre a diferença expõe Larissa Costa: “A cláusula arbitral geralmente faz parte de um contrato específico celebrado diretamente pelas partes, na qual as mesmas declaram consentir antecipadamente em recorrer à arbitragem para solucionar quaisquer controvérsias que, futuramente, venham a surgir em decorrência daquele contrato. Já o compromisso arbitral, também chamado de acordo post litem nata, é aquele firmado entre as partes após o surgimento da disputa (FOUCHARD, 1965; KLEINHEISTERKAMP, 2004; LEE, 2000; PIMENTEL, REIS, 2002; REDFERN, HUNTER, 1991; STRENGER, 1996).” IN: COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados**. 2006. 223 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

⁸⁵ PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1998. p. 30

conhecimento do assunto e devem julgar sob uma perspectiva independente e aberta, uma vez que se deparam com atores oriundos de culturas e tradições jurídicas distintas.⁸⁶

Alguns autores discorrem sobre as diversas formas de arbitragem, a ver: a) conforme a posição do árbitro (arbitragem de direito ou de equidade) em que a primeira determina o julgamento conforme o direito aplicado às questões de fato, enquanto a segunda consagra um julgamento com base na esfera subjetiva do árbitro; b) número variável de árbitros (arbitragem única ou colegiada), mas sendo necessário sempre a composição impar de árbitros, para que seja tomada uma decisão por maioria; c) origem da arbitragem (arbitragem nacional ou internacional) e d) a origem do árbitro (arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucional)⁸⁷. No tocante à última modalidade, vemos que a arbitragem *ad hoc* determina que as partes sejam responsáveis pela designação dos árbitros, regras e procedimentos, sem qualquer ligação institucional, enquanto a arbitragem institucional realiza-se por meio de uma instituição arbitral, mais usualmente praticada com regras e procedimentos próprios, além de uma lista de árbitros especializados, dando segurança ao procedimento arbitral.⁸⁸

Para que se tenha uma idéia, as principais instituições internacionais de arbitragem são: Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, *American Arbitration Association* – AAA, Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos - ICSID. Acerca da especialidade, nota-se que algumas cortes arbitrais têm caráter geral, mas podem ser especializadas em um assunto, como a Comissão de Arbitragem Marítima da Rússia⁸⁹ ou o ICSID que, por especialização, facilitam o entendimento do caso e a prolação da sentença.

⁸⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e a Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P 63.

⁸⁷ BARRAL, Weber. Arbitragem e jurisdição. In: CASELLA, Paulo B. (coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999.p. 192

⁸⁸ AUGUST, Ray. **International Business Law. Text, Cases and Readings**. 2. ed. New Jersey: Prentice Hall, 1993. P. 133

⁸⁹ Adriana Noemi (coord.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1998. P. 31

Em que pese a arbitragem relativas a investimentos internacionais, podemos nos deparar, em alguns casos, com a discrepância entre o Estado receptor e o investidor estrangeiro. Um dos pólos pode deter um poderio econômico tão prevalente sobre o outro podendo, em caso de controvérsia, ser determinante na resolução do conflito. Para equiparar os pólos em busca do cumprimento equitativo da justiça no caso concreto usa-se a arbitragem, mitigando qualquer ação impositiva, dando mais segurança às operações que envolvem investimento.

A arbitragem garante ao investidor um julgamento isento, como alternativa ao julgamento pelo próprio tribunal do Estado participante da contenda e afasta a influência econômica de um dos pólos que figurem no litígio na decisão final da controvérsia.

A possibilidade de influência nas decisões jurídicas pode causar efeitos que põem em cheque a credibilidade do sistema arbitral. A ver-se o caso envolvendo um empreendimento canadense chamado Loewen Group, do setor funerário, e o Estado Estadunidense de Mississippi. O empreendedor estrangeiro foi demandado em um tribunal local, por um empresário da região, sob a alegação de concorrência desleal, pedindo-lhe cerca de quatro milhões de dólares a título de indenização. O Tribunal Estadual de Mississippi proferiu a sentença condenando o empreendimento canadense, a título de compensação punitiva, ao pagamento de cerca de US\$ 500 milhões de dólares, demonstrando, segundo Rezek, uma sentença que demonstra “(...) um modelo antológico de xenofobia e estultice (...)”. Seria possível acionar a instância recursal, mas, para tal, seria necessária uma caução relativa ao dobro da condenação proferida. Inconformado, a Loewen, recorreu ao ICSID, a fim de solucionar a questão. O tribunal arbitral reconheceu a incoerência da sentença, contudo, não avançou no mérito, sob a alegação de não usurpar competências relativas ao

NAFTA⁹⁰. Assim vemos elementos políticos e econômicos influenciando a esfera jurisdicional.

A arbitragem comercial internacional também enfrenta problemas quanto à sua unidade e coerência quando uma mesma base fática é tratada por mais de um tribunal arbitral, podendo ocorrer sentenças contraditórias. A ver os casos tchecos (CME vs. República Tcheca e Ronald Lauder vs. República Tcheca) em que julgamentos, quase simultâneos, foram realizados nas Cortes de Londres e de Estocolmo, utilizando as normas da UNCITRAL. As contendas envolviam dois investidores que, insurgidos contra a administração Tcheca da TV Nova recorreram à arbitragem. O Tribunal de Londres, no caso Lauder vs. República Tcheca, negou a pretensão do investidor reclamante, não atribuindo qualquer responsabilidade ao Estado Tcheco, ao passo que o Tribunal de Estocolmo, caso CME vs. República Tcheca, decidiu a favor dos investidores, condenando o tesouro público tcheco ao pagamento de uma indenização à CME⁹¹. Ambos os casos foram fundamentados com base em Tratados de Promoção e Proteção ao Investimento – TPPI, entre EUA e Republica Tcheca, relativo ao primeiro processo e entre Holanda e Republica Tcheca, por ser a CME uma companhia holandesa.

Seguindo o recorte feito do estudo de caso, estudaremos a Câmara de Comércio de Paris, que possui uma Corte de arbitragem responsável por julgar litígios ligados a comercio em geral e o Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos- ICSID, instância especializada e inovadora que permite o ingresso de particulares, pessoas físicas e jurídicas, demandando diretamente um Estado num foro internacional.

Ambas buscam ser instâncias de resolução de conflitos que primem pela imparcialidade e neutralidade, buscando conferir uma segurança jurídica maior às transações

⁹⁰ REZEK, Francisco. Prefácio. IN: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Org.). **Arbitragem Doméstica e Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. 392 p. XII

⁹¹ REZEK, Francisco. Op. cit. p. XII

comerciais internacionais, acompanhando a expansão das relações econômicas, solucionando disputas advindas da inter-relação de atores internacionais, sendo uma alternativa às justiças nacionais.

2.1 *International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID* (Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos – CIRDI)

2.1.1 *Estrutura*

O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (em inglês, ICSID) é um órgão criado pelo Banco Mundial, por meio da *Convention on the Settlement of Investments Disputes between States and Nationals of Others States* (Convenção de Washington), de 1965. A Convenção entrou em vigor em 14 de outubro de 1966, sendo ratificada por 20 países inicialmente, passando para 136 no ano de 2002 e, hoje, contando com 156 países signatários, havendo um número menor de países que ratificaram a convenção⁹² (aproximadamente 142). Por ser uma Convenção de caráter declaratório, sua vigência dar-se-á a partir do consentimento das partes que figuram no litígio, necessitando da ratificação da Convenção de Washington.

O ICSID conta ainda com um instrumento, *ICSID Regulation and Rules*, aprovado em 2003, que contém o regulamento administrativo e financeiro; normas institucionais (regras de procedimentos para a Instituição de Conciliação e Arbitragem); e normas de arbitragem (Normas de Procedimento para Processo Arbitral).⁹³

O grande objetivo deste Centro é contribuir para o desenvolvimento da cooperação econômica entre os Estados, trabalhando na solução de conflitos, conciliação e

⁹² ICSID. ICSID CONVENTION, REGULATIONS AND RULES: International Centre for Settlement of Investment Disputes. Disponível em: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf (acesso em 26/10/2009). p. 5 passim

⁹³ ICSID. Op. Cit, p. 5

arbitragem entre particulares e Estados, acerca de disputas envolvendo investimento.⁹⁴ Ao criar um mecanismo de solução que possibilita a participação de um indivíduo ou empresa em demanda envolvendo um o Estado hospedeiro, em um organismo criado por uma Convenção entre Estados, o ICSID, certamente consagrou a mais ampla atuação de atores do direito internacional, e contribuiu, por conseguinte, para aumentar a segurança jurídica do sistema, haja vista o desamparo antes sentido por parte dos investidores que, diante da recusa dos Estados nacionais a submeterem-se a jurisdições internacionais, estavam fadados a serem julgados pelos tribunais nacionais do país hospedeiro do investimento⁹⁵, podendo sentir-se em desvantagem pela ausência de isenção e imparcialidade. Esta instituição, em última análise, presta-se a mitigar o receio de países investidores em terem expropriados seus patrimônios criando mecanismos confiáveis que dão segurança ao sistema, incentivando, indiretamente, a proliferação de investimentos em países menos desenvolvidos.⁹⁶

Importante apontar que a Convenção, art. 25 (1) admite que as subdivisões políticas ou organismos públicos de um Estado contratante sejam parte da contenda.

Localizado em Washington, o ICSID é instituição autônoma, dotada de personalidade jurídica de direito internacional (art. 18 da Convenção de Washington), possuindo uma estrutura, conforme o disposto no art. 3 da Convenção, que conta com um Conselho Administrativo composto por representantes dos Estados Partes da Convenção de

⁹⁴ ICSID. *Convenção de Washington de 1965*. Disponível em: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/main-eng.htm (acesso em 26/10/2009). *passim*

Article 1

- (1) *There is hereby established the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter called the Centre).*
- (2) *The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention.*

⁹⁵ PEREIRA, Celso de Tarso. **O Centro Internacional para Solução de Conflitos sobre Investimentos (CISCI – ICSID)**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 35, nº 140, out/dez 1998. disponível em : <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32986/public/32986-41298-1-PB.pdf>. Acesso em 01/04/2010. p. 2.

⁹⁶ AUGUST, Ray. **International Business Law. Text, Cases and Readings**. 2. ed. New Jersey: Prentice Hall, 1993.p. 126

Washington, presidido pelo presidente do BIRD, um Secretariado e dois Painéis⁹⁷, da Secretaria-Geral, um Painel de conciliadores e um de árbitros.

Assim, este Centro compõe o rol das cinco instituições no âmbito do Banco Mundial, quais sejam: o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD); a Associação de Desenvolvimento Internacional (IDA); a Corporação Financeira Internacional (IFC); a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA) e o Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (ICSID). Esta vinculação ao Banco Mundial pode refletir-se na efetividade das decisões arbitrais, haja vista a força política conferida a este órgão e a sua importância para os Estados.

A jurisdição do ICSID é voluntária, dado o consentimento a aceitação do Tratado e ao procedimento arbitral instaurado, tendo a sua competência delimitada em *Ratione Materiae*, por solucionar litígios relativos a investimentos e *Ratione Personae*, por solucionar conflitos entre Estados signatários da Convenção de Washington e nacionais de outro Estado signatário.⁹⁸ O Estado parte, vale dizer, compreende o próprio Estado, agências e subdivisões de sua jurisdição, e quando uma agência, por exemplo, é demandada, a agência e o Estado devem consentir expressamente com o procedimento arbitral.⁹⁹ A submissão à arbitragem pode advir da *Ratio Voluntatis*, fundada na autonomia da vontade das partes e submeter-se a jurisdição do ICSID, oriundo de um contrato, ou qualquer firmado com o Estado ou pela submissão ao ICSID¹⁰⁰.

⁹⁷ AUGUST, Ray. op. cit., p. 126

⁹⁸ “**Article 25 (1)** *The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally*”

⁹⁹ AUGUST, Ray. **International Business Law. Text, Cases and Readings**. 2. ed. New Jersey: Prentice Hall, 1993. P. 129

¹⁰⁰ ROCHOLL, Nataly Evelin Konno **A arbitragem do ICSID: repercussão internacional e a posição do Brasil**. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil, 2010. p. 57.

Quanto ao consentimento, a Convenção dispõe, que é fundamental uma manifestação dupla por parte do Estado, sendo a primeira por meio da ratificação da Convenção que constitui o Centro de Solução de Controvérsias e a segunda mediante a aceitação expressa (e escrita) de submissão a uma específica contenda da qual faz parte.¹⁰¹ O modo de declaração de submissão, por não serem previstos os aspectos formais deste aceite, vem sendo alvo de interpretações dos árbitros para submissão do Estado ao procedimento arbitral, podendo ser aceite mesmo com base em documentos vagos e duvidosos.

Importante inovação é observada no caso colocado no presente estudo, uma vez que o aceite quanto ao procedimento arbitral do centro pelo Estado Hospedeiro deu-se por meio de uma “aceitação unilateral” baseada em legislação nacional do Estado Egípcio. Tal inovação foi extremamente debatida, uma vez que vai de encontro ao preceito máximo do Centro que propugna pelo consentimento expreso das partes. Assim, o aceite foi ampliando não sendo necessária uma manifestação conjunta e escrita, como vemos nas cláusulas arbitrais ou nos compromissos arbitrais, bastando, utilizando “(...) cláusula arbitral por referência”, ou seja, aquela constante de outro documento que não o contrato celebrado entre as partes, mas ao qual se faz referência de forma clara e inequívoca em algum momento da relação contratual “¹⁰² representando uma declaração auto-executória a submissão ao Centro Arbitral. Todavia, após aceita a oferta unilateral, o investidor deverá consentir expressamente quanto à submissão à arbitragem, conforme o preceito essencial do consentimento¹⁰³ para composição da contenda.

¹⁰¹ ICSID. Disputes Settlement Facilities. Disponível em: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=DisputeSettlementFacilities&pageName=Disp_settl_facilities (acesso em 27/10/2009) passim

¹⁰² COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados. 2006.** 223 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 132.

¹⁰³ COSTA, Larissa Maria Lima. op. Cit, p. 132.

O ICSID dispõe também de um Mecanismo Complementar, aplicado desde 1978, que prevê a participação no procedimento arbitral de Estados que não sejam membro da Convenção de Washington.

Uma importante colocação deve ser feita quanto à exclusividade do centro para resolver os conflitos contidas nos artigos 26 e 27. Assim, quando escolhido o Centro como foro de resolução de conflitos, por meio do consentimento expresso, a parte renuncia a outro mecanismo de solução de controvérsias (seja arbitral ou judicial). É perfeitamente válido que, para a implementação do procedimento, as partes possam solicitar que antes sejam esgotados todos os meios de solução nacionais (administrativos ou judiciais).¹⁰⁴

2.1.1 Procedimento

Por meio de uma petição, que contenha o objeto, as partes envolvidas e a comprovada exposição volitiva das partes, dirigida ao Secretário Geral, a parte demandada será informada, após a devida análise da competência.

A especialização deste Centro, também contribui para a profusão de sua utilização, uma vez que os Estados podem contar com a um corpo de árbitros especializados e procedimentos concebidos especialmente para atender a este objeto, dando grande segurança aos participantes, principalmente diante da possibilidade de acesso a julgados do Centro. Segundo o art. 29, devem ser escolhidos os árbitros em número sempre ímpar para que não haja empate. A Convenção preceitua, para garantir a imparcialidade, que os árbitros sejam da mesma nacionalidade das partes, salvo se as partes assim consentirem.

Em análise preliminar o painel instaurado irá definir a sua competência. Instaurado o painel, as partes podem determinar o idioma, as regras procedimentais, sendo

¹⁰⁴COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados. 2006.** 223 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 102.

estabelecidos os cronogramas que devem contar as fases escritas, em que são apresentadas as petições relativas às pretensões das partes e orais, audiências e oitiva das partes. Importante ressaltar que uma vez constituído o tribunal arbitral, as partes não podem unilateralmente recusar-se a se submeter ao procedimento (fazendo reservas ou denunciando a Convenção). É vedado às partes, também, o processamento em corte diversa do objeto já litigado ou em andamento no ICSID (art. I), segundo o princípio da exclusividade do Centro, não podendo, também, uma das partes retirar-se do procedimento unilateralmente.¹⁰⁵

Encerrada o painel, será proferida decisão, vinculante, que notificará as partes por parte do Secretario Geral que, reveste-se de imediata execução (auto-executória).

A Convenção preceitua que a sentença arbitral proferida no âmbito de seu centro deve ser contestada apenas no bojo da instituição, por meio de recurso submetido a uma corte de apelação *ad hoc*, que tem o poder de anular o laudo, sendo proibida a anulação pelos tribunais estatais.¹⁰⁶

2.2 Câmara de Comércio Internacional de Paris –CCI (*International Chamber of Commerce- ICC*)

2.2.1 Estrutura

Criada em 1919, a CCI, localizada em Paris, é uma instituição internacional constituída por uma Federação de Comitês Nacionais e por associações de comerciantes, muito embora se apresente como associação regida, juridicamente, pela lei francesa¹⁰⁷, cujo objetivo maior é a promoção do comércio de bens e serviços e a dos fluxos de investimentos.

A CCI não detém o status de organização internacional, mas representa os interesses dos setores privados de seus membros, hoje calculados em cerca de cento e trinta

¹⁰⁵ COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados**. 2006. 223 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.p. 128.

¹⁰⁶ COSTA, Larissa Maria Lima. Op. Cit. p. 133.

¹⁰⁷ PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1998. p. 30

países, que filiam-se por meio de solicitação ao Secretariado Internacional da CCI ou afiliando-se ao Comitê Nacional, sendo devida uma quantia relativa à vinculação ao órgão. Ademais, a CCI conta com comissões e grupos especiais encarregados de discutir políticas públicas, podendo também elaborar normas comerciais a serem utilizadas por empresas em transações comerciais.¹⁰⁸

A Corte de Arbitragem¹⁰⁹ é um órgão criado no bojo da CCI em 1923, muito embora seja organismo autônomo, tanto da CCI quanto se seus órgãos, desempenhando suas atividades de maneira independente à CCI (art. 1 (2) Regulamento de Arbitragem) e regida por regulamento próprio, qual seja, o Regulamento de Arbitragem, em vigor desde 1998, e que tem como objetivo principal o de tornar-se um fórum com normas sistematizadas para a resolução de conflitos comerciais, assegurando a aplicação do Regulamento de Arbitragem da CCI. Ela dispõe de um presidente e vice-presidentes nomeados pelo Conselho Mundial da CCI (art. 1 (1) Regulamento de Arbitragem), não podendo figurar nas contendas como árbitros, além de um Secretário Geral, responsável pela confirmação da nomeação dos árbitros feita pelas partes, devendo a secretaria receber as solicitações de procedimento encaminhando-as às partes¹¹⁰.

Fica a cargo da Corte apenas a nomeação e confirmação dos árbitros que comporão o painel, podendo ser formado por um ou três árbitros (art. 8 (1)), conforme a vontade das partes, podendo cada parte indicar um árbitro, cabendo ao Presidente do painel a indicação do terceiro¹¹¹, sendo, por óbvio, todos serem imparciais (Art. 7 (1)) ao processo e independentes das partes, garantindo um procedimento isento e objetivo. A CCI conta com

¹⁰⁸ FERREIRA, Rachel de Souza. **Os mecanismos de solução de controvérsias para a defesa dos investidores brasileiros**. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil, 2009.

¹⁰⁹ CCI. Regulamento de Arbitragem. Disponível em: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf (acesso em 16/11/2009). p 17/26

¹¹⁰ FERREIRA, Rachel de Souza. Op. Cit.

¹¹¹ Ibidem.

uma extensa lista de árbitros das mais diversas especialidades para compor o processo arbitral, à disposição das partes.

Por ser considerado um centro de referência para a arbitragem internacional, é possível avaliar a evolução da utilização deste instituto analisando a evolução da CCI. Entre os anos de 1940 e 1950, 234 casos foram dirimidos no âmbito desta corte. Somente no ano de 1979 foram 285 casos ¹¹² e no ano de 2008, 663 casos foram solucionados pela Corte, envolvendo 120 países. ¹¹³

2.2.2 Fases do procedimento de arbitragem

A instauração de procedimento arbitral dependerá da existência de uma cláusula arbitral, podendo ser realizada no padrão recomendado pelo Regulamento de Arbitragem ¹¹⁴ (recomendando-se também a estipulação da lei que rege o contrato, o número de árbitros, o local e o idioma da arbitragem), doravante denomina “cláusula padrão”. Contudo, ressalta-se que a lei de alguns países exige a aceitação expressa pelas partes destas cláusulas, podendo até mesmo determinar a forma específica de aceitação.

A parte interessada na instauração do procedimento arbitral deverá protocolar solicitação à Secretaria, contendo a denominação das partes, objeto da controvérsia, a convenção de arbitragem, informações relativas à escolha dos árbitros, indicação das normas jurídicas aplicáveis, do lugar e idioma da arbitragem. Uma vez recebida a solicitação, a Secretaria notificará as partes envolvidas (art. 4 (1)), abrindo prazo para a resposta do requerido (art. 5 (1)).

¹¹² PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1998. p. 28

¹¹³ CCI. International Court of Arbitration. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4584/index.html> (acesso em 28/10/2009). passim

¹¹⁴ “Todos os litígios emergentes do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais prbitros nomeados nos termos desse Regulamento.”

A partir da anuência das partes em recorrer à arbitragem, será instaurado o procedimento arbitral. Todavia, mesmo havendo revelia ou recusa por uma das partes, prosseguir-se-á o procedimento, se constatada a existência de uma convenção arbitral válida. Ressalta-se o disposto no art. 6 (2) acerca da dúvida quanto à existência de convenção arbitral e da possibilidade de amparo perante outros tribunais, a ver:

“(...) Se a Corte não estiver convencida dessa possível existência, as partes serão notificadas de que a arbitragem não poderá prosseguir. Neste caso, as partes conservam o direito de solicitar uma decisão de qualquer tribunal competente sobre a existência ou não de uma convenção de arbitragem que as obrigue.”

A pretensa nulidade ou inexistência contratual não invalidará o procedimento arbitral caso a convenção arbitral seja declarada válida, sendo assim uma declaração de vontade das partes que deve ser observada (art. 6 (4)).

Escolhido os árbitros, segundo o disposto nos artigos 8 e 9, instaurar-se-á o procedimento arbitral, com o envio dos autos pela secretaria ao Tribunal Arbitral, compondo um painel, sendo estabelecido um cronograma de trabalhos e uma ata da missão (documento que expõe todo o conteúdo meritório relativo anterior à instrução).

O procedimento da arbitragem será regido pelo Regulamento de arbitragem deste tribunal, sendo facultada às partes a escolha do idioma (art. 16), regras de direito aplicáveis ao mérito (art.17) e o local da arbitragem. Na ausência de escolha das regras aplicáveis, o painel decidirá o direito aplicável considerando as disposições contratuais e disposições gerais do direito, podendo utilizar também as regras dos sub-sistemas jurídicos ligados ao caso¹¹⁵ para determinação do direito aplicável.

Superada a instrução, dada a oportunidade de as partes exporem as suas pretensões, o tribunal arbitral proferirá decisão (laudo) (a ser submetida à Corte) notificando as partes após o pagamento das custas. O laudo exarado, frise-se, obriga as partes, sendo

¹¹⁵ FERREIRA, Rachel de Souza. **Os mecanismos de solução de controvérsias para a defesa dos investidores brasileiros**. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil, 2009

afastada, a partir da anuência pelo procedimento arbitral, de qualquer disposição de renúncia a este laudo (art. 28 (6)).

2.3 BREVES COLOCAÇÕES SOBRE O ICSID E A CCI

A CCI, diferentemente do ICSID, não é uma corte destinada à análise de um objeto específico (investimentos), detendo uma competência *rationae materiae* ampliada, podendo resolver desavenças oriundas de diversas áreas do comércio internacional, sendo em sua maioria litígios devidos a não observância contratual. No tocante à competência *ratione personae*, vemos que, enquanto a CCI atende a entes públicos ou privados, desde que consentida a participação no procedimento por meio de cláusula de arbitragem advinda de contrato ou Tratado. O ICSID amplia o escopo de atuação, possibilitando a participação de particulares em demandas contra Estados, aqueles signatários da Convenção de Washington (Estado contratante ou particular pertencente a Estado contratante)

Diante da incontestada especialidade, investidores têm recorrido com frequência ao ICSID que, diante dos diversos julgados, conseguem ter maior previsibilidade quanto ao julgamento de sua pretensão¹¹⁶ (confidencialidade conferida a julgados da CCI não possibilitam a consulta de precedentes.).

Quanto à aplicabilidade das leis à base fática, vemos que no ICSID há prevalência do direito internacional e dos princípios gerais sobre o nacional, uma vez que este órgão analisa sobretudo litígios oriundos de Tratados Bilaterais de investimento, enquanto a CCI dá preferência à aplicação do direito nacional, já que aborda, primordialmente controvérsias contratuais entre entes privados¹¹⁷

Diante da primazia do caráter consensual na arbitragem realizada no âmbito da CCI, vimos que o laudo exarado por este órgão vincula as partes, sendo instrumento

¹¹⁶ FERREIRA, Rachel de Souza. Os mecanismos de solução de controvérsias para a defesa dos investidores brasileiros. **Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil, 2009**

¹¹⁷ FERREIRA, Rachel de Souza. **Op. Cit.**

obrigatório e irrecorrível. Todavia, a execução desta sentença depende da boa fé das partes em observá-la, podendo ser dotadas de caráter executório somente no momento em que forem internalizadas nos tribunais internos para que, assim que conhecidas, sejam executadas, demonstrando certa fragilidade quanto à sua força executória. Ao revés, o ICSID, dispõe de um arcabouço instrumental que oferece mais segurança aos litigantes, principalmente aos investidores particulares quando se trata de contenda em que é demandado um Estado nacional, já que a sentença prolatada tem força executória, embora ainda admitindo uma instância recursal de anulação.

3 ESTUDO DE CASO: SOUTHERN PACIFIC PROPERTIES (MIDDLE EAST) LTD. (SPP (ME)) VS. REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO

Para analisar os conceitos supramencionados com vistas à constatação ou refutação do fenômeno da fragmentação do direito internacional, será analisado o julgado ARB/84/3 do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (ICSID), em que figuravam a *Southern Pacific Properties Ltd.*, empresa incorporada em Hong Kong, destinada à hotelaria e turismo e a República Árabe do Egito

Serão utilizadas, para o presente exame, a sentença arbitral proferida no âmbito do ICSID, consoante com os princípios constitutivos deste tribunal comparadas com as decisões da Câmara de Comércio Internacional, de Paris (CCI) e as decisões dos tribunais nacionais acionados pelas partes.

3.1 ANÁLISE DO CASO

3.1.1 Considerações Preliminares

A *Southern Pacific Properties Ltd.*, doravante denominada SPP, iniciou, no começo do ano de 1974, tratativas com a República Árabe do Egito para a construção de complexos turísticos nos arredores das Pirâmides de Giza e em Ras El Hekma, região na costa mediterrânea.

O Egito, juntamente com uma empresa pública de seu país, a *Egyptian Tourism Organization- EGOth* celebraram com a SPP, em 23 de setembro de 1974, um Acordo de Base (*Heads of Agreement*), visando à formação de uma *joint venture* entre a SPP e SPP (Middle East) e a EGOth, sendo avençado o compromisso do Estado egípcio em assegurar a titularidade do terreno destinado ao projeto turístico.¹¹⁸

Mais tarde, em dezembro do mesmo ano, por meio de um Acordo Suplementar, que dispunha as obrigações das partes, entre a SPP e a EGOth, foi criada a *joint venture Egyptian Tourist Development Company- ETDC*, em que a SPP e SPP (Middle East) detinham 60% das ações, ficando a EGOth com o restante delas. Firmou-se aí a obrigação entre as partes, incluindo o estabelecimento de uma cláusula arbitral designando a Câmara de Comércio Internacional (CCI) como foro competente em caso de eventuais conflitos advindos do contrato. Ressalte-se que o acordo avençado fora assinado, por meio de uma rubrica, pelo Ministério do Turismo do Egito juntamente com o selo oficial e sob o imperativo “aprovado, consentido e ratificado pelo Ministério do Turismo”.¹¹⁹

Nos termos dos acordos, a SPP e SPP (ME) se comprometiam a capitanear os investimentos para o projeto e foram, para a consecução do empreendimento, concedidos o usufruto e posse das terras à ETDC.¹²⁰

Em 22 de maio de 1975, o Presidente do Egito baixou o Decreto n. 475, com especificações dos terrenos para fins turísticos. O projeto foi iniciado em julho de 1977 nas proximidades das pirâmides, obstaculizado, porém, por movimentos de proteção ao patrimônio histórico e cultural da região sob a égide de proteção do terreno nas proximidades das pirâmides, bem como da região de Ras El Hekma.

¹¹⁸ Case Summary. Disponível em: http://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf (acesso em 26/10/09)

¹¹⁹ COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados**. 2006. 223 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

¹²⁰ Case Summary. Disponível em: http://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf (acesso em 26/10/09)

Ademais, o Egito fazia parte da Convenção da UNESCO que versa sobre a proteção dos patrimônios histórico e cultural da região e da humanidade, entrando em vigor em dezembro de 1975, proibindo, assim, atos que pudessem provocar a depredação dos locais.

Por se tratar de uma área passível de proteção cultural, a aplicação do Decreto e da Convenção da UNESCO, aliadas às pressões políticas e da sociedade civil para impedir a continuidade do projeto, o Ministério da Cultura, em maio de 1978, exarou um novo Decreto que estabelecia as áreas em que se assentavam as pirâmides como áreas de domínio público.

Este entendimento foi seguido pelo presidente do Egito que, em junho do mesmo ano, decretou (Decreto n. 267) a revogação do Decreto 475, seguida da retirada da aprovação do projeto e do cancelamento do acordo. Assim, a *joint venture* ETDC teve os seus bens sequestrados, as contas bloqueadas pelo Banco Central do Egito, bem como sofreu a retirada da administração dos sócios, passando a ser administrada judicialmente.

Até o momento em que as obras foram interrompidas, US\$ 5 milhões já haviam sido investidos no projeto por parte da SPP e SPP (Middle East) e 286 unidades já haviam sido vendidas.¹²¹

3.1.2 Da fase litigiosa

Passemos a análise sucinta do caso nos órgãos arbitrais e nacionais para que possa, por fim ser feita a análise de seus fundamentos.

3.1.2.1 O PROCEDIMENTO ARBITRAL NA CCI

Seguindo a cláusula avençada entre as partes no acordo suplementar, em 1974, a SPP e sua subsidiária SPP (Middle East), diante do descumprimento unilateral do

¹²¹ Case Summary. Disponível em: http://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf (acesso em 26/10/09)

contrato, buscara a via arbitral para resolução da avença na Corte de Comércio Internacional – CCI, em Paris.¹²²

Desta forma, em dezembro de 1978, foi instaurado um procedimento arbitral entre SPP, SPP (Middle East) como requerentes e a EGOTH e a República Árabe do Egito como requeridos em que pleiteava-se o montante de US\$ 42.500.000,00 referente a todos os danos sofridos pelo inadimplemento contratual.¹²³

O Egito argüiu preliminarmente a incompetência jurisdicional arbitral da CCI, sob o fundamento de ele não ser parte do Acordo Suplementar, não podendo, assim, figurar como parte no procedimento arrolado. A assinatura do Ministério do Turismo seguido da expressão “Aprovado, consentido e ratificado”, seriam apenas relativas à aprovação deste órgão à atuação da EGOTH, não criando obrigações ao Estado egípcio, tampouco sendo uma renúncia à imunidade de jurisdição em prol da arbitragem, submetendo-se, por conseguinte, ao procedimento iniciado.

Assim, observou-se que o Egito dispunha de um dispositivo legal (art. 8 da Lei 43 de 1974) que considerava a submissão à arbitragem internacional. Para o entendimento da CCI, a demonstração de tal dispositivo não validava por completo a submissão e consentimento do Egito à jurisdição da CCI, especificamente, não podendo ser invocada a fim de validar o procedimento instaurado.

Desta forma, a imputação do Egito como parte teria de ser demonstrada pela SPP, por meio da validade dos contratos de investimento celebrados, mais especificamente no tocante à validação e anuência do Ministério do Turismo quanto à cláusula arbitral.

O tribunal arbitral acolheu o intento da SPP, provando que o Egito, por meio da assinatura do Ministério do Turismo no acordo suplementar, fazia parte do referido acordo,

¹²² Case Summary. Disponível em: http://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf (acesso em 26/10/09)

sendo assim submetido à cláusula arbitral avençada que determinava a atuação da CCI. Ademais, a CCI aplicou subsidiariamente “(...) com a noção de grupos de contratos, que implica em uma interpretação conjunta dos diferentes contratos celebrados para a realização do projeto.”¹²⁴

Superada a fase preliminar quanto à submissão à arbitragem internacional, a CCI exarou sentença arbitral¹²⁵ condenando o Egito ao pagamento de indenização no montante de US\$ 12.500.000,00 , mais 5% ao ano a partir para emissão da sentença.¹²⁶

3.1.2.2 APELAÇÃO À CORTE FRANCESA

Não obstante a sentença arbitral exarada no âmbito da CCI, rigorosamente dentro dos ditames internacionais e, portanto, válida, o governo egípcio buscou, junto à Corte de Apelação Francesa, a anulação da sentença em comento, sendo julgada favorável à pretensão do Egito, em 12 de julho de 1984. A anulação do laudo arbitral baseia-se no afastamento do Estado Egípcio à arbitragem internacional, entendendo que a cláusula arbitral, a ser dirimida na CCI, prevista no acordo suplementar, não vinculava o Egito.¹²⁷

A SPP, buscando a reformulação do entendimento da Corte de Apelação Francesa, recorreu à Corte de Cassação francesa, que corroborou o entendimento do órgão de apelação, afirmando ser o direito administrativo do Egito aplicável ao caso, não aceitando, por conseguinte, a vinculação do Egito ao contrato, uma vez que preceitua que contratos ente entes administrativos devem ser submetidos à autoridade para análise e, portanto, anulando a sentença arbitral da CCI. As normas de direito administrativo egípcias foram levadas em conta. Seguindo este entendimento, a assinatura do Ministério do Turismo na última folha do

¹²⁴ COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados**. 2006. 223 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.p. 119

¹²⁵ Dada a confidencialidade do procedimento instaurado no âmbito da CCI, não é possível analisar as jurisprudências.

¹²⁶ COSTA, Larissa Maria Lima. Op. cit. p.119.

¹²⁷ Case Summary. Disponível em: http://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf (acesso em 26/10/09)

acordo seria uma exigência administrativa, que não representava a inclusão do Egito no contrato, tampouco o submetia à cláusula arbitral.

Ademais, considerou que a cláusula arbitral não era prevista no acordo base, não podendo ser aplicada ao contrato suplementar.

Paralelamente aos recursos às cortes francesas, a SPP buscou junto às Cortes da Holanda e do Reino Unido a execução da sentença arbitral, sendo julgado procedente o pedido, em 12 de julho de 1984, pela Corte de Amsterdã, no mesmo dia, frise-se que a Corte de Apelação anulou o laudo.¹²⁸

3.1.2.3 O PROCEDIMENTO ARBITRAL NO ICSID

Em 24 de agosto de 1984, o ICSID recebeu uma solicitação de arbitragem, seguindo os procedimentos postos na Convenção de Washington, da SSP, contra a República Árabe do Egito, alegando a expropriação de investimentos e solicitando que: fossem reparadas as obrigações não realizadas pelo Egito, em observância à Lei n. 43 (que dispunha sobre a competência do ICSID) para resolução de conflitos e o Acordo Base de setembro de 1974; que fossem adotadas e incorporadas as conclusões apuradas pela CCI no tocante ao desempenho das obrigações nos termos do acordo e que determinasse a compensação à SPP na medida de seu prejuízo. Em sua defesa, o Egito alegava que o cancelamento do projeto seguia as obrigações contraídas na Convenção da UNESCO de 1972 e seguia uma determinação legal nacional¹²⁹.

Seguindo os procedimentos de instauração do Tribunal Arbitral, o Secretário Geral do ICSID, no dia 28 de agosto de 1984, notificou as partes quanto à

¹²⁸ COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados**. 2006. 223 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

¹²⁹ Nota: A descrição do caso e da decisão no âmbito do ICSID pode ser vista em ICSID. *Laudo arbitral*. ARB/84/3. Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded> (acesso em 26/10/2009).

solicitação de um procedimento arbitral. O demandado (Egito) embora contestando a jurisdição referente à presente disputa, pronunciou-se quanto à proposta do requerente - SPP (ME) no que dizia respeito à nomeação de apenas um árbitro, sugerindo a escolha de três árbitros para o tribunal, indicando Dr. Jimenez de Arechaga como presidente do certame.

Em julho de 1985, a *Southern Pacific Properties Limited*, empresa coligada à SPP (*Middle East*), entrou no processo como requerente.

O Tribunal, no dia 27 de novembro de 1985, proferiu a primeira decisão acerca das preliminares de objeção de jurisdição argüidas pelo Egito, rejeitando, unanimemente, a objeção quanto à jurisdição defendida pelo requerido, em observância ao art. 26¹³⁰ da Convenção do ICSID. O Requerido (Egito) argumentava que um procedimento arbitral sob o mesmo objeto estaria em curso, não aceitando a jurisdição do ICSID, pois assim estaria contrariando o artigo supracitado.¹³¹ O tribunal entendeu que o art. 26 não vedava o ajuizamento em outros foros antes da instauração do procedimento no âmbito do ICSID, sendo a proibição contida no art. relativa a instaurações de procedimentos ulteriores ao Centro.

Ademais, o Egito pugnava pela inaplicabilidade da Lei nº. 43, alegando que havia retirado o seu aval do projeto de investimento, não sendo aplicável, por conseguinte a Lei n. 43. O centro entendeu que a Lei no. 43 aplicava-se, pois no momento de instauração do procedimento arbitral a mencionada Lei estava em vigor, conferindo uma oferta de aceitação por parte do Egito à seara arbitral.

¹³⁰ “Article 26 Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.”

¹³¹ Como vemos, a aplicação do art. 26. artigo enseja uma renúncia a outras formas de resolução de conflito, mas o Tribunal entendeu que o artigo seria aplicável, quanto à exclusividade do Centro, caso uma demanda houvesse sido ajuizada no ICSID primeiramente, não podendo, por conseguinte, ser ajuizada em outro tribunal. Ademais, o § 7º ofenderia o princípio do *estoppel*.

Rejeitada também a objeção da não-aplicabilidade, argüida pelo Egito, do Artigo 8 da Lei nº. 43. O Egito defendia que esta lei só previa a arbitragem para disputas apenas a violações contidas na lei, não se aplicando a celeumas envolvendo investimento e de cunho contratual. Alegavam também que esta norma não dispunha de força auto-executável, não conferindo competência ao ICSID. O Centro, por sua vez, entendeu que esta Lei protegia a expropriação de bens de investidores e, assim, perfeitamente aplicável ao caso em que haviam sido expropriados os direitos contratuais da SPP pelo cancelamento do contrato violando, por conseguinte, o disposto no Acordo Base e no art. 7 da Lei n 43 que vedava a expropriação sem a devida compensação¹³².

Por fim, o Tribunal Arbitral suspendeu o feito até que a Corte de Cassação Francesa decidisse se as partes submeter-se-iam à jurisdição da CCI, o que excluiria a jurisdição do ICSID.

Como supracitado, a Corte de Apelação francesa decidiu, em janeiro de 1987, que o requerido não havia aceitado expressamente a jurisdição da CCI, seguindo o mesmo entendimento da Corte de Cassação anulando o laudo da CCI.

O Tribunal arbitral no âmbito do ICSID, no dia 14 de abril de 1988, profere a segunda decisão acerca da jurisdição, reiterando a rejeição da objeção da jurisdição levantada pelo requerido; rejeitando a incorporação das conclusões pertinentes à CCI e, de acordo com os artigos 25 e 41, determinando que o Presidente fixasse o tempo limite para os procedimentos de mérito.

3.1.3 Conclusão do caso

Por meio de decisão unânime, no dia 20 de maio de 1992, o Tribunal pronunciou-se, com base nas leis egípcias e internacionais, favorável à pretensão dos requerentes SPP e SPP (ME) imputando a República Árabe do Egito ao pagamento da

¹³² ROCHOLL, Nataly Evelin Konno **A arbitragem do ICSID: repercussão internacional e a posição do Brasil**. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil, 2010. p. 105.

“*equitable compensations*” referentes à expropriação de investimentos relativos à *joint venture* ETDC e à quebra de contrato e compensações pelos lucros cessantes, no montante de US\$ 27.661.000,00, acrescidos de 5% ao ano a contar da prolação da sentença.¹³³

A Corte decidiu não acatar a defesa alegada pelo Egito de obediência à Convenção da UNESCO entendendo que o acordo e os investimentos relativos ao projeto já haviam sido realizados antes da ratificação da referida Convenção gerando, consequentemente, as devidas compensações.

Quanto à expropriação, o Estado egípcio havia alegado que, segundo a Lei 43, o fim do projeto não representava expropriação ou nacionalização de bens estrangeiros e que, segundo a referida Lei, a expropriação só se dava em relação a bens corpóreos. A Corte decidiu que o Egito tinha legitimidade de interromper o projeto com o intuito de salvaguardar o patrimônio histórico de seu país, exercendo assim a sua soberania (§ 158), mas que, no entanto, o cancelamento do projeto levou a uma expropriação de investimento e dos direitos contratuais da SPP de gozar o direito de usufruto dado à *joint venture* ETCD, sendo assim direitos contratuais, refutando a tese de aplicação a bens corpóreos e ocasionando, segundo as leis egípcias (art. 34 da Constituição Egípcia)¹³⁴ e as leis internacionais, o dever de reparação a ver:

“[...] What was expropriated was not the land nor the right of usufruct, but the rights that SPP(ME), as a shareholder of ETDC, derives from EGOH’s right of usufruct, which have been ‘irrevocably’ transferred to ETDC by the State. Clearly, those rights and interests were of a contractual rather than in rem nature. However, there is considerable authority for the proposition that contracts rights are entitled to the protection of international law and the taking of such rights involves an obligation to make compensation therefor (sic).”

¹³³ Case Summary. Disponível em: http://www.biicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf (acesso em 26/10/09)

¹³⁴ “Art. 34- Private ownership shall be safeguarded and may not be put under sequestration except in cases specified in the law and with a judicial decision. It may not be expropriated except for a public purpose and against a fair compensation in accordance with the law. The right of inheritance is guaranteed in it.”

O Egito recorreu da sentença, solicitando sua anulação. Em dezembro de 1992, foi firmado um acordo entre as partes estabelecendo um montante de US\$ 17.500.000,00 de indenização, pondo fim ao litígio de quatorze anos.

TABELA 1: RESUMO DOS FATOS

Para fins de elucidação e compreensão do caso em estudo, segue um breve quadro sinóptico:

Resumo dos fatos	
22 de maio de 1975	Promulgação do Decreto 475
Dezembro de 1975	Entrada em vigor da Convenção de UNESCO
Julho de 1977	Implementação do projeto- início das obras
27 de maio de 1978	Decreto do Ministério da Cultura: determinação da área como domínio publico
19 de junho de 1978	Promulgação do Decreto 267
Fase litigiosa	
Dezembro de 1978	Instaura-se procedimento arbitral na CCI
28 de março de 1983	Recurso do Egito à Corte de apelação francesa
12 de julho de 1984	Decisão da Corte de Apelação: Anulação do laudo
12 de julho de 1984	Decisão da Corte de Amsterdã: Execução da decisão arbitral
24 de agosto de 1984	SSP solicita instauração de procedimento arbitral no âmbito do ICSID
18 de dezembro de 1984	Tribunal arbitral constituído
27 de Novembro de 1985	ICSID: Primeira decisão acerca da jurisdição
20 de maio de 1992	Decisão Final

3.2 ESTUDO DO CASO

Para a análise do fenômeno da fragmentação internacional, a que este trabalho se destina, utilizaremos neste tópico as decisões prolatadas pelos órgãos jurisdicionais acionados no caso *Southern Pacific Properties vs. República Árabe do Egito*, aplicando os conceitos discorridos nos capítulos anteriores, para que, assim, possamos observar se há ou não incidências do fenômeno da fragmentação. Por tratar-se de um universo de observação pequeno, contando com a análise de apenas um caso, o que resultará deste estudo será a apresentação de indícios que apontem para a existência da fragmentação no direito internacional.

Passemos ao comparativo das decisões do caso.

TABELA 2: COMPARATIVO DAS DECISÕES

	Atribuição de competência	Incidentais	Decisão final
CCI	Assinatura do Ministério do Turismo no acordo suplementar (sendo assim, parte do referido acordo) submetendo-se à cláusula arbitral do acordo complementar que determinava a atuação da CCI.	X	Condenação: indenização no montante de CCI exarou sentença US\$ 12.500.000,00, mais 5% ao ano.
Cortes Francesas		X	Anulação do Laudo da CCI “(...) o art. 8 não era imperativo, oferecendo apenas modos alternativos de solução de controvérsia em investimentos; não havia hierarquia entre os três mecanismos de solução de controvérsias mencionados pelo referido dispositivo legal; não se podia depreender da lei n. 43 nenhuma presunção de renúncia à imunidade de jurisdição de um

			<i>Estado soberano</i> ” ¹³⁵ Segundo a lei egípcia, a assinatura do Ministro do Turismo no acordo suplementar foi considerada estritamente administrativa (exigência burocrática).
ICSID	Manifestação do Consentimento do Estado hospedeiro por meio de oferta unilateral contida na legislação nacional. Análise do art. 8 da Lei n. 43 de 1974 (ato jurídico interno com efeitos internacionais)	Primeira decisão quanto à jurisdição: aguardar posicionamento das Cortes francesas sobre o procedimento junto à CCI.	Consideravam que a o art. 8 da Lei 43 apresentava rol que incluía a jurisdição do ICSID, que, por sua vez, aceitava unilateralmente a jurisdição. Condenação: Indenização no montante de US\$ 27.661.000,00, acrescidos de 5% ao ano a título de “ <i>equitable compensations</i> ” referentes à expropriação de investimentos relativos à <i>joint venture</i> ETDC e à quebra de contrato e compensações pelos lucros cessantes.

No âmbito do ICSID, a utilização do art. 8º, da lei egípcia n. 43 de 1974, se dá pela alegação de que o Egito teria, por meio deste dispositivo, consentido em se submeter à arbitragem institucional do ICSID em função de legislação interna relativa a investimentos. A aplicação do art. 8 por parte do judiciário francês, para o ICSID não era válida, pois não levava em conta a competência do Centro do ICSID, tampouco examinava a questão sob a ótica da Convenção de Washington.

Quanto à manifestação de competência, frise-se, que a Convenção de Washington, embora exija o consentimento das partes, não faz qualquer exigência formal quanto ao aceite, salvo a especificação da forma escrita – art. 25 (1)¹³⁶. Desta forma, o

¹³⁵ COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados**. 2006. 223 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

¹³⁶ *Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.*

Centro, por meio de uma interpretação ampla, entende ser possível a aceitação da arbitragem no ICSID baseado numa oferta unilateral, embasada em legislação interna, no caso o art. 8 da Lei 43 de 1974¹³⁷.

Quanto à análise da primeira decisão proferida no âmbito do ICSID, podemos depreender um movimento harmonizador por parte dos juízes que analisaram a questão, uma vez que vemos exarada uma decisão que tenta mitigar a dupla análise de uma mesma base fática, demonstrando alguma ligação entre sistemas jurisdicionais diferentes. Todavia, mesmo tendo havido uma arbitragem, em conformidade com as regras e procedimentos institucionais no âmbito na CCI, o ICSID declarou-se competente, sob a forma de uma análise ampla de dispositivos que autorizam a sua competência, dando prosseguimento ao feito instaurado. Diante desta dicotomia, podemos colocar duas hipóteses: se a preliminar de competência tentou, em um primeiro momento, seguir tendências harmonizantes ou se denuncia uma posição de fragmentação do sistema internacional, ao aceitar um caso já analisado por uma corte legitimamente constituída.

A possibilidade de utilização de um órgão nacional para anulação de uma sentença arbitral válida demonstra ainda mais a fragmentação em questões relacionadas à arbitragem, uma vez que em algumas instâncias arbitrais, embora a sentença seja obrigatória, ela não é auto-executória, devendo ser internalizada no país, podendo dar mais insegurança quanto à sua aplicabilidade, haja vista a possibilidade de inexecução da sentença no âmbito interno indo contra a decisão do laudo válido.

¹³⁷ “Art. 8º: Disputas de investimentos com respeito à implementação das provisões dessa lei deverão ser solucionadas na forma a ser acordada com o investidor, ou dentro da estrutura dos acordos em vigor entre a República Árabe do Egito e o país natal do investidor, ou dentro da estrutura da Convenção para a solução de Disputas de Investimentos entre o Estado e os nacionais de outros países à qual o Egito aderiu em virtude da lei n. 90 de 1971, no que couber. As disputas podem ser solucionadas por meio da arbitragem. Uma junta arbitral deverá ser constituída, compreendendo um membro em nome de cada parte da disputa e um terceiro membro agindo como presidente, a ser nomeado conjuntamente pelos dois membros mencionados. Se não houver acordo na nomeação do terceiro membro em trinta dias da indicação do segundo membro, o presidente será escolhido, a pedido de qualquer das partes, pelo Conselho Supremo de Corpos Judiciais dentre os Conselheiros do Judiciário na República Árabe do Egito.” IN:

O conflito de competências demonstra a fragilidade do sistema em termos formais, possibilitando a incidência de *fóruns shoppings* (escolha de foros pelas partes conforme seu interesse), refutando qualquer ideário de unidade do direito internacional, uma vez que vários órgãos jurisdicionais podem apreciar um mesmo conflito, chegando a conclusões distintas, criando uma insegurança jurídica. A possibilidade de instauração em diversos foros, além de prejudicar a segurança do sistema, pode tornar as decisões ineficazes, uma vez que ao serem apreciadas por outro órgão, sentenças perderão validade e efetividade criando uma série de decisões inócuas.

A ausência de órgão superior arbitral ou qualquer instância superior revisional ou harmonizante, demonstrando a ausência de hierarquia entre normas ou cortes, impossibilita a existência de decisão una e pacificada. O entendimento dos juízes na construção dos laudos arbitrais demonstra o papel da interpretação do direito internacional em relação ao caso concreto e a possibilidade de resultados finais contrastantes entre diversas jurisdições. Sem uma estrutura hierarquizada, e com a ausência de uma norma ou corte fundamental revisora não há como os juízes decidirem com base em uma mesma norma fundamental ou que suas decisões sejam analisadas por um colegiado de juízes a fim de pacificar o entendimento.

A discrepância quanto à mensuração do montante aplicado entre as Cortes, no caso em estudo, traz um argumento contundente para a constatação da fragmentação do direito internacional, uma vez que diante de uma mesma base fática, duas instâncias, seguindo racionalidades e sistemáticas distintas, dão uma valoração diversa a uma violação. Aqui não se fala em exigência de um montante equivalente, pois as decisões emanam do convencimento subjetivo do juiz. Ocorre, que quando há a possibilidade de análise de um mesmo fato, caso houvesse uma linha mestra a ser seguida (lei superior) ou um banco

jurisprudencial comum, talvez não houvesse tamanha discrepância quanto ao montante, tampouco quanto aos fundamentos utilizados.

A evolução do direito comercial internacional e a especialização deste subsistema também tem que ser levado em conta, uma vez que esta expansão possibilita a criação de órgãos jurisdicionais concorrentes, como a CCI e o ICSID. A arbitragem também pode ser vista como motivador da fragmentação, vez que é uma resposta à internacionalização da economia e dos mercados e para eles constitui-se solução adequada. Temos que a evolução do direito comercial enseja a criação e concorrência de diversos órgãos jurisdicionais, como a CCI e o ICSID.

No caso em questão, nota-se uma discussão formal de competência e um conflito material quanto à aplicação das normas e conflito de interpretações .

Por fazer parte de um subsistema comum, o do direito internacional comercial, não podemos falar em conflito entre sub-sistemas, mas podemos discorrer sobre o conflito de racionalidades entre as cortes, ao analisar um caso.

CONCLUSÃO

O caso estudado demonstra vestígios de fragmentação do direito internacional comercial. A influência da expansão internacional deste ramo do direito revela fissuras nos modelos de resolução de conflitos, colocando em cheque qualquer afirmação de unidade do direito internacional. Com a expansão, vemos a especialização deste ramo com a criação de diversas jurisdições não coordenadas que podem ser demandadas para a solução de um conflito (concorrência de jurisdições).

Se não podemos afirmar de maneira irrefutável a existência da fragmentação do direito internacional com base na análise de apenas um caso específico, podemos demonstrar ao menos que as configurações atuais do direito internacional nos apresentam um cenário facilitador da ocorrência do fenômeno da fragmentação.

Como apresentado no primeiro capítulo, o direito internacional está em constante mudança e o ideário clássico não é suficiente para descrever as mudanças que hoje sentimos. Qualquer colocação sobre a unicidade do sistema também parece não prosperar. A proliferação de atores e a intensidade de sua participação no cenário e no direito internacional, a propagação de fontes e de órgãos jurisdicionais, assim como a expansão e evolução de subsistemas internacionais especializados, são as características ressaltadas na análise do cenário em que a fragmentação está inserida. A mudança de paradigma do direito internacional, antes ligado à territorialidade, agora vê na funcionalidade o foco de seu estudo, fundando a análise não mais na base territorial, mas sim no objeto em questão.

Aliando a esta miríade de possíveis causas da fragmentação podemos analisar o caso específico da arbitragem internacional que pode ser concebido como vetor maximizador deste fenômeno. Sabendo que o instituto da arbitragem visa proporcionar uma solução célere aos conflitos comerciais, aliado ao fato do crescente número de conflitos se dê pela crescente expansão do comércio internacional (dada a globalização), vemos que este

instituto deverá cada vez mais ser demandado em razão de suas peculiares vantagens que atendem a pujança e rapidez com que evoluem os mercados. Desta forma, por ser um modelo privado de solução de litígios, podendo ser demandada a qualquer tempo em qualquer instância, ou mesmo sem o véu de instância alguma, a arbitragem cria uma série de julgados postos a todo tempo no cenário internacional sem ter, necessariamente, qualquer conexão entre si. A possibilidade de construção de tribunais *ad hoc* demonstra ainda mais a autonomia deste instituto em solucionar contendas, sem estar, neste caso, sob a égide de nenhuma instituição ou ser fruto de obrigação oriunda de tratado, sendo apenas vinculada à autonomia da vontade, produzindo diversos entendimentos a todo o tempo. Mesmo na arbitragem institucionalizada, observamos a admissão da abertura do escopo quanto ao consentimento, de tal forma que possibilita a proliferação de procedimentos e, por conseguinte, de decisões.

Não há, contudo, que se falar que a arbitragem tenha menos força ou executóriedade, ou careça de formalismo por ser um mecanismo baseado na vontade de seus partícipes, seja por cláusula contratual, seja por força de um tratado. Pelo contrário, a arbitragem, como demonstrado, reveste-se de formalismo próprio e eficaz.

A importância de analisarmos a evolução dos diferentes sub-sistemas do direito internacional e sua especialização com a evolução de normas e de instâncias jurisdicionais aponta a possibilidade de existência de decisões com interpretações distintas, podendo comprometer a segurança jurídica de todo o sistema. Contudo, num subsistema especializado, como é o do comércio, e mais ainda o dos investimentos, vemos o desenvolvimento de regras, instituições e racionalidades próprias que possibilitam a aplicação cada vez mais adequada ao plano fático por meio de uma dinâmica própria atendendo as excentricidades do seu campo de atuação.

No caso vemos que o conflito de diferentes foros internacionais sobre uma mesma base fática chegando a conclusões distintas demonstra a existência de um subsistema especializado, mas que ainda carece de uma coordenação entre os órgãos jurisdicionais.

A hierarquia inexistente no cenário internacional possibilita a construção do pluralismo hoje visto. Todavia esta ausência pode gerar conflitos que põem em xeque a efetividade do direito internacional e sua segurança como sistema.

As questões postas quanto à unificação ou harmonização que desenvolvem teorias de construção de valores, mesmo que mínimos entre as nações, são a grande pergunta a ser solucionada. Analisar o postulado de alguns autores quanto à possibilidade da construção de um tratado basilar de valores tratando de maneira harmônica e unificada as questões que circundam o direito internacional nos parece um grande desafio diante das diferenças de racionalidade entre os sub-sistemas e os atores que o compõe. Até mesmo a possibilidade de construção de um tribunal superior de atribuição de competência (anterior) ou de revisão (posterior) e a sistematização de mecanismos como o da arbitragem devem ser analisados com muita cautela para que não engessem estes sub-sistemas a ponto de não atenderem as necessidades do mercado e a pluralidade (racional, cultural) dos atores nele envolvidos.

Não podemos contar com a retração do sistema de direito comercial, haja vista que este segue na atual liberalização dos mercados e no aumento dos fluxos comerciais. A sucumbência de órgãos de solução de controvérsias, ou a unificação deles, também não parece ser a melhor solução, frente à necessidade do mercado em ter soluções rápidas, especializadas.

Pensar na construção de uma sistemática coerente dentro de um sistema, resguardando a suas características distintas, pode ser uma solução à efetividade e validação

dos sistemas, não mitigando a fragmentação por completo, mas minimizando os seus efeitos danosos.

Entender o sistema internacional como plural, por excelência, implica em buscarmos soluções como a comunicação entre as cortes e a construção de princípios harmonizantes que dêem maior segurança jurídica. Este é o desafio que o direito internacional há de enfrentar.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Henrique Weil. **Unidade e Fragmentação do Direito Internacional: O Papel dos Direitos Humanos como Elemento Unificador.** Disponível em: http://www.cedin.com.br/revistaelectronica/volume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_III.pdf
Acesso em: 23/03/2010

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e a Ordem Pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AUGUST, Ray. **International Business Law. Text, Cases and Readings.** 2. ed. New Jersey: Prentice Hall, 1993.

BARRAL, Weber. Arbitragem e jurisdição. In: CASELLA, Paulo B. (coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional.** 2. ed. São Paulo: LTR, 1999.

Case Summary. Disponível em: http://www.biiicl.org/files/3934_1992_spp_v_egypt.pdf
(acesso em 26/10/09)

CASSESE, Antonio. **International Law.** 2. Ed. New York: Oxford, 2005.

CASTANHEIRA, Fernando Henrique. **Impactos da Difusão de Regimes Internacionais Autônomos no Direito Internacional Contemporâneo.** Disponível em: <http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/br/simp/artigos/castanheira.pdf>. Acesso em: 01/03/2010.

CCI. International Court of Arbitration. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4584/index.html> (acesso em 28/10/2009)

_____. Regulamento de Arbitragem. Disponível em: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf (acesso em 16/11/2009)

CHAIB, André Nunes. **Internacionalização e Fragmentação do Direito. A possibilidade de uma comunidade internacional de valores.** 2009. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil.

COSTA, Larissa Maria Lima. **A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputa sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados.** 2006. 223 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

Delmas-Marty. Três **Desafios para o Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

FERREIRA, Rachel de Souza. **Os mecanismos de solução de controvérsias para a defesa dos investidores brasileiros**. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil, 2009.

FISHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. Regimes-Colisions: **The vain search for legal unity in the fragmentation of a global Law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004.

GALINDO, George. **Palestra: A Fragmentação do Direito Internacional**. OAB-DF. Brasília. 25/03/20009.

GÜNTHER Klaus, **Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalization as a Problem of Legal Theory**. Disponível em: <http://www1.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/gunther.pdf> . Acesso em 10/03/2010

HAFNER, Gerhard. **Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law**. Disponível em: <http://students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf>. Acesso em: 26/10/2009

ICSID. *Convenção de Washington de 1965*. Disponível em: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/main-eng.htm (acesso em 26/10/2009)

_____. *Laudo arbitral. ARB/84/3*. Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded> (acesso em 26/10/2009).

_____. ICSID CONVENTION, REGULATIONS AND RULES: International Centre for Settlement of Investment Disputes. Disponível em: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf (acesso em 26/10/2009)

_____. Disputes Settlement Facilities. Disponível em: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute Settlement Facilities&pageName=Disp_settl_facilities (acesso em 27/10/2009)

KOSKENNIEMI, M. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. Report of the Study Group of the International Law Commission. United Nations, 256p.

OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de . **DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL: O CASO MOX PLANT**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. v. 1. p. 1-1000.

PEREIRA, Celso de Tarso. **O Centro Internacional para Solução de Conflitos sobre Investimentos (CISCI – ICSID)**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 35, nº 140, out/dez 1998. disponível em : <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32986/public/32986-41298-1-PB.pdf>. Acesso em 01/04/2010. p. 2.

PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1998.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. Prefácio. IN: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Org.). **Arbitragem Doméstica e Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. 392

ROCHOLL, Nataly Evelin Konno **A arbitragem do ICSID: repercussão internacional e a posição do Brasil**. Dissertação. (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil, 2010.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1996.

_____. Arbitragem Internacional. Conceitos Básicos. IN: PUCCI, Adriana Noemi (Org.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Ltr, 1998. 327 p.

_____. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

VARELLA, Marcelo. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul/set 2005.